DIE BEDEUTUNG

DER

CONTUMACIA DES BEKLAGTEN

FÜR DIE

ZUSTÄNDIGKEIT DES GERICHTS

IM HINBLICK AUF DIE

PROROGATIO FORI.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER KÖNIGL. BAYERISCHEN

FRIEDRICH-ALEXANDER-UNIVERSITÄT ERLANGEN

VORGELEGT VON

CHRISTIAN HARTMANN,
RECHTSPRAKTIKANT.

FREIBURG IM BREISGAU.
1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0077

§ 1.

Allgemeine Vorbemerkungen.

Das durch die §§ 38 bis 40 der Civilprozessordnung geregelte Institut der prorogatio fori erscheint bei oberflächlicher Betrachtung allseitig so einfach und klar, dass man auf den Gedanken kommen könnte, dass dasselbe nirgends Anlass zu Meinungsverschiedenheiten gebe, und in der That sind Theorie und Praxis auch in mehrfacher Beziehung in vollkommener Uebereinstimmung.

In dieser Hinsicht sind insbesondere folgende Punkte zu nennen:

Die ausserprozessualische Prorogation ist rechtlich nur wirksam, wenn sie sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten bezieht; die im Prozesse erfolgende hat dagegen von selbst die erforderliche Bestimmtheit.

Unzulässig ist ferner jede Prorogation, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft oder wenn für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtstand begründet ist.

Ueber letztere Frage giebt die Civilprozessordnung selbst zweifellosen Bescheid; erstere jedoch lässt sich nur aus dem in Betracht kommenden Civilrecht beantworten. Denn, wenn auch feststeht, dass der gebrauchte Ausdruck „vermögensrechtliche Ansprüche", welcher im Gesetz mehrfach wiederholt ist[1]), alle Ansprüche aus dem Sachenrecht einschliesslich der Besitzklagen, alle

---

1) §§ 21, 24, 508, 649[4] C.-P.-O. § 5 E.-G. C.-P.-O. § 23 N. 1 G.-V.-G.

solchen aus dem Gebiete des Obligationenrechts, des Erb- und Familienrechts, welche auf eine Leistung in Geld oder Geldeswert hinauslaufen, umfasst, und auch die Feststellungsklagen in Bezug auf Rechtsverhältnisse aus dem Gebiete des Vermögensrechts und in Bezug auf für solche Rechtsverhältnisse bedeutsame Urkunden als Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche aufgefasst werden müssen, so ist doch bereits bei der zweiten Lesung des Entwurfs in der Justiz-Kommission des Reichstags darüber Streit entstanden, ob eine Klage auf Zahlung von Alimenten auf Grund der festzustellenden ausserehelichen Vaterschaft als Rechtsstreit über „vermögensrechtliche Ansprüche" aufzufassen sei. Dieser Streit wurde durch die Erklärung des preussischen Regierungs-Kommissars dahin, das Kriterium sei, ob die Feststellung des familienrechtlichen Verhältnisses als Statusfrage oder lediglich als Basis für die vermögensrechtlichen Ansprüche zu erachten sei, im allseitigen Einverständnis beigelegt und diese Vorfrage lässt sich nur auf Grund des einschlägigen Civilrechts beantworten [1]).

Abgesehen von den vorgedachten beiden Einschränkungen auf Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche und auf nicht ausschliesslichen Gerichtstand bietet der freien Prorogationsbefugnis weder die sachliche noch die örtliche Zuständigkeit ein Hindernis. Ja es ist durch jene Schranken auch nicht ausgeschlossen, dass in denjenigen Fällen, in denen ein ausschliesslicher örtlicher Gerichtstand, z. B. derjenige der belegenen Sache nach § 25 C.-P.-O. oder eine ausschliessliche sachliche Zuständigkeit, z. B. die des § 70 Abs. 2 des G.-V.-G. begründet ist, in sachlicher bezw. örtlicher Beziehung prorogiert werden kann.

Die gemeinrechtliche Befugnis des Richters, in Prorogationsfällen die Verhandlung und Entscheidung der Sache abzulehnen, hat die C.-P.-O. nicht anerkannt [2]).

---

[1]) Kommissionsprotokolle S. 507, 508. Seuffert, Kommentar § 21 N. 2 S. 24.

[2]) Ueber die Ausnahme betr. der Kammern für Handelssachen cfr. den Schluss dieser Arbeit.

Auch tritt trotz der Bestimmung des § 38 C.-P.O., dass nur auf ein Gericht ersterIn stanz prorogiert werden darf, mittelbar auch graduell eine Verschiebung der Kompetenzen ein, da durch die Prorogation einer Streitsache mit revisiblem Objekt auf ein Amtsgericht die Revision ausgeschlossen, eine Klagsache über ein unbedeutendes Wertobjekt dagegen durch Prorogation auf ein Landgericht in der Berufungsinstanz an das Oberlandesgericht gebracht werden kann. Im Uebrigen aber folgen die Gerichte im geordneten Instanzenzuge aufeinander und die Prorogation in erster Instanz übt ihren Einfluss auf die übergeordneten Gerichte ipso jure mit aus; es kann also auch insbesondere nicht ein beliebiges anderes als das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht, auch wenn es mit diesem gleichen Ranges ist, mit der Entscheidung in der Berufungsinstanz betraut werden.

Endlich aber hat die Prorogation lediglich eine prozessuale Bedeutung; für die Entscheidung in der Sache selbst bleibt das materielle Recht massgebend, unter dessen Herrschaft das streitige Rechtsverhältnis steht, sofern nicht durch einen besonderen Akt auch auf das materielle Recht des durch Prorogation zuständig gewordenen Gerichts rechtsgiltig kompromittiert wurde.

Diese Sätze sind von niemanden bestritten und es bedurfte daher nur ihrer kurzen Erwähnung.

Dagegen ist sehr bald eine Streitfrage aufgetaucht, die durch ihre tiefeinschneidende Bedeutung für die Praxis ein hervorragendes Interesse beansprucht; es ist dies die Frage nach der Bedeutung des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten für die Zuständigkeit des Gerichts.

Ihre Beantwortung aber kann einesteils nicht ohne ein tieferes Eingehen auf das Wesen der Prorogation überhaupt, und speziell nicht ohne eine Untersuchung über die juristische Bedeutung einer vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten zur Hauptsache vor einem unzuständigen Gericht erfolgen, andrerseits kann eine Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsinstituts der Prorogation füglich nicht umgangen werden, denn „das

Recht ist historische Schöpfung; jede Rechtsdogmatik, welche das geltende Recht nur an und für sich, losgelöst von der Geschichte, behandelt, ist unwissenschaftlich“ [1]).

Daraus ergiebt sich die Anordnung des Stoffes der nachstehenden Abhandlung von selbst.

---

[1]) Cf. Wach, Handbuch I § 14 S. 170.

I.

Geschichtlicher Teil.

§ 2.

Römisches Recht.

Ob schon vor der von Kaiser Augustus erlassenen lex Julia judiciaria den Römern der Begriff der Prorogation bekannt war, ist in undurchdringliches Dunkel gehüllt; es ist aber wohl nicht mit Unrecht zu vermuten, dass die auf dem Staatsrecht beruhenden Bestimmungen über die Kompetenz der Abänderung durch Parteiwillkür entzogen waren.

Die Kompetenz der alten republikanischen Magistrate, wie der Prätoren, der Censoren und Aedilen, war aber eine festbegrenzte, und man wird wohl mit der Annahme nicht fehl gehen, dass die Prüfung der Prozessvoraussetzung und die Ernennung eines Einzelrichters oder eines Richterkollegiums durch sie nicht erfolgte, wenn sie nicht innerhalb ihrer Rechtssphäre erbeten war. Bezüglich des Richters selbst aber war doch die obrigkeitliche Bestellung für diesen und die Parteien gleicherweise bindend, sodass in dieser Hinsicht eine Verschiebung der Kompetenz durch die Parteien gar nicht denkbar erscheinen möchte.

Seit der vorgenannten lex und wohl durch diese Sanction änderten sich aber die Verhältnisse und man erkannte an, dass die Zuständigkeitskreise der neu in Wirksamkeit tretenden Gerichtsbehörden durch Vertrag der Parteien verschoben werden könnten[1]).

---

1) So z. B. Wetzel, System S. 480 N. 28. Glück, Erläuterungen III S. 170. Heffter, System S. 198 N. 121. Linde, Lehrbuch § 101 N. 1. Plank, Lehrbuch I S. 78 N. 3. Cfr. auch Deybeck

Diese lex ist uns nun freilich nicht in ihrem ursprünglichen Wortlaut erhalten geblieben, vielmehr stützt sich unsere Kenntnis von ihr nur auf die wissenschaftliche Bearbeitung Ulpian's; allein gerade dessen Aussprüche fallen für uns umsomehr in die Wagschale, als sie von Justinian in sein Digestenwerk Aufnahme fanden[1]). Und für die wesentlichsten Punkte geben sie auch ein klares Bild für den Umfang der Prorogation, welches sich durch folgende Sätze feststellen lässt:

1. Wo keine Gerichtsgewalt war, konnte sie auch nicht durch Prorogation geschaffen werden, d. h. nur in Bezug auf einen mit Jurisdiktionsgewalt ausgestatteten Richter war eine giltige Prorogation denkbar. Dies sagt Ulpian in l. 1 D. V. 1 mit den Worten:

„si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuivis judicis, qui tribunali prae est vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio"

und die Kaiser Diocletianus und Maximianus gaben im Jahre 293 p. Chr. diesem Gedanken noch präziseren Ausdruck, wenn sie l. 3 C. III. 13 sagen:

„privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest judicio, nec quod is statuit rei judicatae continet auctoritatem".

Der Grund für diese Bestimmung ist ein sehr einfacher: Das Richteramt ist ein öffentliches Staatsamt; der Richter repräsentiert die staatliche Autorität; das Amt und die Staatsautorität kann natürlich Niemand anders verleihen als der Staat selbst[2]); wem aber der Staat eine solche Verleihung angedeihen liess, der konnte recht wohl zulässigerweise auch über den Umfang seiner ursprünglichen Befugnisse hinaus von den Parteien zur Erteilung einer unter staatlicher Autorität stehenden Sentenz von den Parteien angegangen werden.

S. 1—3. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 15, welche die Prorogation als gewohnheitsrechtliches oder gar gesetzliches (so Zimmern, Röm. Civilproz. S. 70) Institut aus der Zeit vor der lex Julia ansehen, welches durch letztere blos anerkannt worden sei. Ebenso, wenn auch zweifelnd, Adam § 2 S. 30.

[1]) l. 1 u. 2 D. V. 1.

[2]) Cfr. Bethmann-Hollweg II S. 120 N. 18, 19. Kraus § 14 S. 19. Deybeck § 1 S. 3.

2. Zur Prorogation ist der Consens der Streitteile erforderlich, welcher sie einem Richter unterwirft, dem sie nicht schon an und für sich nach den allgemeinen Normen über die Zuständigkeit unterworfen waren. Die Parteien müssen sich also in Willensübereinstimmung befinden hinsichtlich ihrer Prorogationsabsicht und dieselbe auch durch thatsächliche Unterwerfung unter den Spruch eines an sich unzuständigen Richters dokumentieren. Es genügt also weder das pactum prorogationis allein, noch allein die freiwillige Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt eines an sich unzuständigen Richters, sondern erst das Zusammentreffen beider Momente bringt die Zuständigkeit des bisher unzuständigen Richters hervor.

Dies scheint der klare Sinn der von Ulpian in l. 1 D. V. 1 gebrauchten Worte „si subiciant et consentiant" zu sein, zumal wenn man damit den Ausspruch African's in l. 18 D. 2 1 vergleicht:

„si convenerit, ut alius praetor, quam cuius jurisdictio esset, ius diceret et priusquam adiretur mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur eiusmodi conventioni stare".

Darnach würde aber das „convenire", welches Ulpian in l 2 D. V. 1 gebraucht, ebenfalls nur von dem pactum prorogationis zu verstehen sein.

Die beiden Erfordernisse „consentire" und „se subicere" sind also stets auseinanderzuhalten.

In Bezug auf ersteres fordert Ulpian in l. 2 D. V. 1, dass es nicht durch Irrtum beeinträchtigt sei; in l. 2 pr. D. V. 1 sagt er:

„consensisse autem videntur, qui sciant, se non esse subiectos jurisdictioni eius et in eum consentiant, ceterum si putant eius jurisdictionem esse, non erit eius jurisdictio"

und allegiert sodann einen Ausspruch Julian's, welchem er sich anschliesst

„error enim litigatorum non habet consensum".

Es ist bei so allgemeiner Ausdrucksweise schlechterdings nicht einzusehen, warum diese klaren Aussprüche nur auf den faktischen Irrtum zu beziehen seien[1]); vielmehr

[1]) So Reatz § 9 u. 10 und Adam § 2 S. 33, welche die

liegt die Auffassung näher, dass hier der error juris dem error facti gleichgestellt ist und auf die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrtums nichts ankommt [1]).

Damit stimmt auch die Fassung der l. 15 D. II. 1 völlig überein, welche sagt:

„si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est; nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praesidem, cum, ut Julianus sribit, non consentiant, qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit? [2])

Die Vorschriften über die Kompetenz sind öffentlichen Rechts und sie bedeuten, dass der Beklagte sich nicht dagegen verteidigen kann, vor einem bestimmten Richter Recht zu geben, und dass der Kläger sich an diesen bestimmten Richter wenden muss, wenn er Recht nehmen will. Erlaubt das Gesetz ein Abgehen von diesen Vorschriften des öffentlichen Rechts, so ist nichts natürlicher, als dass der übereinstimmende Willen der Parteien in keiner Weise durch Irrtum irgend welcher Art beeinflusst sein darf; eine vergleichsweise Heranziehung der Vorschriften über den Einfluss der verschiedenen Arten des Irrtums bei civilrechtlichen Geschäften, wie sie von Reatz und Adam erfolgte [3]), ist deshalb unstatthaft.

Von der vis sprechen die Quellen zwar nicht, allein schon aus ganz allgemeinen Betrachtungen kommt man zu dem Resultat, dass ein wirksamer Konsens der Parteien nicht in Frage kommen kann, wenn der Wille der Parteien kein freier war. Die Zeiten, in denen der Römer sagte „coactus tamen voluit“ waren in Gemäss-

---

Aussprüche Ulpian's restriktiv interpretieren, um die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts über Entschuldbarkeit des Irrtums damit auch auf den prozessualen Parteivertrag angewendet zu sehen und weil kein Grund einzusehen sei, warum hier eine Aenderung jener Grundsätze stattfinden solle.

[1]) So auch Wach im Archiv für civ. Praxis B. LXII S. 373 und Kraus § 13 S. 18 und die Glosse zu l. 2 D. V. 1, welche die Worte „ceterum si putent eius jurisdictionem esse“ geradezu nur vom Rechtsirrtum verstand.

[2]) Ganz ähnlich l. 2 pr. D. V. 1.

[3]) Cfr. N. 2 S. 9. Cfr. auch Kohler in Rassow u. Küntzel XXXI S. 292, 293.

heit der durch das prätorische Recht bewirkten Zurückdrängung des jus strictum und der Begünstigung der aequitas längst vorüber, als die prorogatio anfing, ein Rechtsinstitut zu werden. Und wenn jeder Irrtum die Prorogation ausschloss, so verstand es sich von selbst, dass dies von der vis in erhöhtem Masse galt, sodass Ulpian bei seinen Lesern keinen Irrtum zu befürchten hatte, wenn er letztere unerwähnt liess [1]).

Das pactum prorogationis, welches sich nach dem Vorhergesagten und speziell nach den Aussprüchen Ulpian's auf die Kenntnis der Unzuständigkeit und den Willen, dieselbe zu heben, gründen muss, braucht nun freilich nicht ausdrücklich oder gar unter Wahrung bestimmter Formen abgeschlossen zu werden, sondern kann sich recht wohl auch aus konkludenten Handlungen ergeben und zu letzteren gehört unzweifelhaft in erster Linie die Selbstunterwerfung unter den unzuständigen Richter. Dieselbe erfolgt aber für den Kläger durch die Klagerhebung vor dem unzuständigen Richter in Prorogationsabsicht und die in derselben Absicht stattgehabte Streiteinlassung seitens des Beklagten. Da der Kläger aber vor der litis contestatio noch zurücktreten kann, so wird auch für ihn erst mit diesem Zeitpunkt seine Selbstunterwerfung unter den bis dahin unzuständigen Richter bindend, sodass man wohl mit der herrschenden Ansicht die Litiskontestation als den Moment unwiderruflicher Selbstunterwerfung beider Streitteile ansehen kann [2]); so sagt auch Marcellus in l. 30 D. V. 1:

„ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet".

3. Einer Zustimmung des angegangenen, vorher inkompetenten Richters bedurfte es nicht, um ihn nach erfolgter Litiskontestatien zuständig zu machen. Denn

---

[1]) Deshalb sind wohl auch die Ausführungen von Kraus § 13 S. 18 verfehlt, wenn er die vis nur deshalb dem error gleichstellt, weil es sich bei ihr um einen error des vires praetoris Exequierenden gehandelt zu haben scheine.

[2]) Auf die alte Kontroverse, ob schon die aditio judicis oder erst die litis contestatio bindend sei, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da ihre Entscheidung für die Behandlung des Themas belanglos ist. Genaueres darüber bei Adam § 2 S. 35 ff.

wir haben sub 2. gesehen, die Zuständigkeit eines unzuständigen Richters wird begründet durch die fehlerlose Willensübereinstimmung der Parteien und die sich darauf gründende durch litis contestatio dokumentierte Selbstunterwerfung derselben, und dass dies genügt, spricht Ulpian mit klaren Worten in l. 2 § 1 D. V. 1:

„convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est; lex Julia judiciorum ait „quominus inter privatos conveniat" sufficit ergo privatorum consensus; proinde si privati consentiant, praetor autem ignorat consentire et putat suam jurisdictionem an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi eius esse jurisdictionem.

Diese Entscheidung ist sehr einleuchtend. Der Richter hat nicht nur das Recht, sondern die Pflicht, in dem ihm zugewiesenen Wirkungskreis Recht zu sprechen; er ist aber zuständig, sobald sich seine Zuständigkeit auf Grund des Gesetzes ergiebt, und dies ist ebenso der Fall, wenn sich die Parteien ihm in fehlerfreier Weise unterwerfen, als wenn sie schon auf Grund allgemeiner Zuständigkeitsnormen ihm unterworfen sind [1]).

4. Strittig ist zwar, ob nicht nur in sachlicher, sondern auch in örtlicher Richtung prorogiert werden konnte, ich halte aber dafür, dass beides zulässig war. Den Beweis hierfür erblicke ich in ersterer Beziehung in l. 74 § 1 D. V. 1:

„judex, qui usque ad certam summam judicare iussus est, etiam de re maiori judicare potest, si inter litigatores conveniat [2]);

und in l. 28 D. L. 1:

„inter convenientes et de re majori apud magistratus municipales agetur".

---

[1]) Uebereinstimmend auch Franke, Zeitschr. für Civilr. u. Prozess. Neue Folge B. II S. 113 ff. Kraus § 11 S. 16, § 14 S. 19, u. Andere. — Anderer Meinung z. B. Reatz §§ 23—29. Genaueres hierüber bei Adam § 3 S. 48—54, Deybeck § 11 f., welcher zwar nicht den Consensus des Richters verlangt, ihm aber ein durch unverschuldeten Nichtgebrauch verlierbares Ablehnungsrecht einräumt.

[2]) Auch diesem klaren Quellen-Zeugnis hat man die Beweiskraft abgesprochen cfr. Reatz S. 87 ff., Brackenhöft S. 268 A. 14 u. Adam § 4 S. 58.

In Bezug auf die Prorogationsbefugnis in örtlicher Hinsicht findet sich zwar kein positives Quellenzeugnis, allein wenn die Prorogation schlechthin als giltig anerkannt wird, so wird man wohl auch eine Verschiebung der örtlichen Kompetenzvorschriften darunter begriffen annehmen dürfen, zumal z. Zt. der lex Julia die Vorschriften über die Zuständigkeit wohl fast ausschliesslich die örtliche Zuständigkeit — den Gerichtstand — im Auge gehabt haben werden; erst mit der Einführung eines Instanzenzuges und der Degradation des Prätors zum erstinstanzlichen Richter in wichtigeren Angelegenheiten fing die sachliche Zuständigkeit im römischen Recht an, von grösserer Bedeutung zu werden. Und dies war erst nach Diocletian, in der zweiten Hälfte der Kaiserzeit.

Dass natürlich nicht in einer Civilsache auf einen Strafrichter prorogiert werden konnte, versteht sich von selbst; darüber ist auch eine Meinungsverschiedenheit nicht vorhanden [1]).

Inwieweit die Prorogation im römischen Recht etwa aus dem Gesichtspunkt ausschliesslicher Gerichtstände oder aus anderen Gründen ausgeschlossen war [2]), interessiert hier nicht; für diese Arbeit ist lediglich von Bedeutung, was zum Schluss dieses Paragraphen zusammenfassend wiederholt werden soll:

Das römische Recht der Kaiserzeit kannte eine Prorogation in sachlicher und örtlicher Richtung an einen mit Jurisdiktionsgewalt ausgestatteten Richter durch die in fehlerfreier Weise gewollte Unterwerfung der Parteien unter einen unzuständigen Civilrichter, welcher hierdurch allein zuständig wurde, soweit nicht etwa besondere gesetzliche Hinderungsgründe im Wege standen.

Liess sich also der Beklagte vor einem unzuständigen Richter vorbehaltlos zur Hauptsache ein, so kam dessen jurisdictio nur zustande, wenn die mehrgedachte Voraussetzung, das bewusste Wollen der Unterwerfung, unbeeinträchtigt durch Irrtum oder Gewalt, vorlag. Hierauf also hatte sich die Prüfung des Richters zu

---

[1]) l. 61 D. II 1, Stockmann S. 29, Glück S. 259, Busch im civ. Archiv, B. XIX, S. 34, citiert von Adam § 4, S. 55.

[2]) cf. Deybeck § 1, Z. 5, S. 4, 5.

erstrecken und bei einem verneinenden Resultat derselben die Klage abzuweisen, da „nihil valebit, quod actum est“ [1]).

Erschien aber der Beklagte nicht, so konnte zwar sein Prorogationswillen feststehen, aber es fehlte an dem Erfordernis der Selbstunterwerfung und deshalb war auch diesesfalls kein Urteil gegen ihn möglich. Er konnte nicht gezwungen werden, vor einem unzuständigen Richter litem zu contestieren und wenn er auch seine Subjektionsabsicht dem Kläger oder dem Gericht gegenüber zu erkennen gegeben hatte, da eben erst die litis contestatio die Zuständigkeit verlieh und den Beklagten band [2]).

§ 3.

Kanonisches Recht.

Sieht man, weil hier belanglos, von den besonderen Bestimmungen des kanonischen Rechts hinsichtlich der Kleriker ab, welche nur auf eine persona ecclesiastica und auch auf eine solche nur mit Genehmigung des Diözesanbischofs prorogieren konnten, so kommt man zu der Ueberzeugung, dass die römisch-rechtlichen Vorschriften, ja sogar die Ausdrücke des Corpus iuris civilis vom kanonischen Recht im wesentlichen ohne jede Veränderung übernommen wurden:

C. 18 X 2. 2 sagt:

licet privatorum consensus eum, qui jurisdictioni praeesse dignoscitur, suum possit judicem constituere [3]).

Dabei wird nun allerdings von einer subjectio nichts erwähnt, sondern nur der consensus der Streitteile betont, allein trotzdem wird man auch erstere als Erfordernis betrachten müssen, denn die Grundlage des kirchlichen Prozesses ist eben der römische mit den durch die besonderen Verhältnisse der Kirche geboten erschienenen Modifikationen [4]); nichts ist auch natürlicher als zu verlangen, dass der consensus der Parteien schlüssig in die Erscheinung trete, und es hätte

[1]) l. 15 D. II 1.
[2]) cf. die oben besprochene l. 18 D. II 1.
[3]) cf. auch C. 32 und 40 X 1, 29.
[4]) cf. Adam S. 66.

gewiss Erwähnung gefunden, wenn der consensus allein die Subjektion hätte herbeiführen sollen, zumal in c. 18 die Abweichungen des kanonischen Rechts vom römischen klargelegt werden[1]).

Von diesem Standpunkt muss man aber mit Notwendigkeit die sämtlichen in § 2 für das römische Recht erfolgten Ausführungen auch für das kanonische Recht geltend erachten und auch hier die Litiskontestation des Beklagten mit Prorogationswillen für den kompetenzbegründenden Faktor ansehen, dem Willen allein aber, selbst wenn er sich vertragsmässig band, die Wirkung absprechen.

§ 4.
Das deutsche Recht.

Das ältere deutsche Recht kennt das Institut der Prorogation nachweislich nicht; der Sachsenspiegel sagt in III 25 § 2 geradezu:

„bynnen markede noch bynnen utwendigen Gerichte ne darf nymand andwerden".

Die Zersplitterung der Gerichtsverfassung in allerlei Sondergerichte für Landrecht, Stadtrecht, Lehenrecht führte es mit sich, dass die Gerichtseingesessenen nur vor diesen Gerichten klagen und verklagt werden konnten, und ebenso liessen die vielerlei sozialen Sondergerichte den Gedanken an eine Prorogation nicht aufkommen.

Die Gerichtsbarkeit des Königs aber war den Territorialherren vielfach in Lehen gegeben und wurde von diesen als Erwerbsquelle betrachtet, sodass eine Prorogation an andere Gerichte eine Vermögensschädigung gewesen wäre, welche sie nicht zu dulden brauchten und nicht duldeten. Nur wenn der Gerichtsherr mehrere Gerichtshalter hatte, so konnte es ersterem natürlich gleichgültig sein, an welchen sich die Parteien wandten und wohl nur in diesem Umfange drangen die auf römischem und kanonischem Boden entwickelten Sätze über die Prorogation in das deutsche Recht ein[2]).

---

[1]) cf. auch Adam S. 67, im Uebrigen auch Kraus § 16, S. 21.

[2]) cf. Schnaubert II, S. 155, Glück III, S. 208, Deybeck S. 7. — A. M. Leyser meditationes ad Pandectas I 29,3 und von

Die römisch-rechtlichen und kanonischen Vorschriften über die Prorogation, welche in § 2 und 3 kurz darzustellen versucht sind, gelangten in Deutschland übrigens, soweit sie überhaupt Eingang fanden und nach dem vorstehend Gesagten finden konnten, nicht unverändert zur Aufnahme, vielmehr nur in derjenigen Form, in welcher sie die deutschen Rechtstudierenden auf den italienischen Universitäten zu Bologna, Ravenna und wohl auch Padua vorgetragen erhielten.

Tancredus betonte die Zulässigkeit der Prorogation durch den consensus der Parteien, ohne das Subjectionsmoment ausdrücklich hervorzuheben, und erkannte daneben eine prorogatio tacita in der litiscontestatio vor einem unzuständigen Richter an, indem er nicht darauf hinweist, dass diese Einlassung vom Subjektionswillen des Beklagten getragen sein müsse. Bei ihm ist diese Einlassung die prozessuale Aeusserung des Prorogationswillens; er lässt die Kompetenz entstehen aus der Unterlassung der Vorschützung der Einrede der Unzuständigkeit in Verbindung mit dem Vorschützen anderer dilatorischer Einreden, oder der litiscontestatio. Er sprach nämlich den Satz aus, dass die dilatorischen Einreden, vor allem aber die Unzuständigkeitseinrede zu Beginn des Prozesses vorgeschützt und bewiesen werden müssten, widrigenfalls sie verloren gingen [1]).

Fast noch weiter von dem ursprünglichen Gedanken der Prorogation weicht Placentius ab, welcher eine ausdrückliche

„si id expressim agatur"

und eine stillschweigende

„si ab extrancis ex certa scientia eum adeuntibus in contrarium specialiter non exprimatur"

anerkennt.

Neueren Bayer, Vorträge, S. 236, Martin, Vorles. I, S. 368 und Andere, welche erklärten, das römische Recht habe zur Anwendung zu kommen, weil die landesherrliche bezw. Patrimonialgerichtsbarkeit sich von der römischen nur durch ihre Erblichkeit und dadurch, dass sie in eigenem Namen ausgeübt werde, unterscheide.

[1]) cf. Kraus § 18, S. 22, 23, welchem bei dieser Darstellung im wesentlichen gefolgt wird.

Bis zur litis contestatio wird also wohl in integrum restitutio des Klägers und des Beklagten möglich gewesen sein, nach derselben aber gilt die Annahme des Unterwerfungswillens der Parteien und das angegangene unzuständige Gericht ist zuständig geworden. Die verlangte certa scientia ist also nur bis zur litis contestatio Gegenstand der Feststellung, nach derselben streitet eine praesumtio juris et de jure für sie[1]). Das Versäumen der Unzuständigkeitseinrede bewirkte jetzt die Prorogation, einerlei ob diese Einrede absichtlich oder unabsichtlich versäumt war, einerlei ob der Beklagte prorogieren wollte oder nicht.

Nach Wach[2]) kam dabei die Ansicht zur Geltung, dass der Rechtsirrtum den Konsens nicht ausschliesse, also auch ein verschuldeter Irrtum kein Hindernis der Prorogation sei.

Nur beiläufig sei bemerkt, dass die gemeinrechtliche Doktrin im Anschluss an die Ansicht der Glosse mit erdrückender Majorität den Satz aufstellte, dass der unzuständige Richter ein allerdings auch durch unverschuldeten Nichtgebrauch verlierbares Recht der Ablehnung habe, ein Satz, welcher, wie oben gezeigt, von einigen schon für das römische Recht — gewiss mit Unrecht — verteidigt wird.

Aber auch bei dieser sehr erheblich veränderten Anschauung darf man nicht annehmen, dass der Ausschluss mit der Unzuständigkeitseinrede im Falle des Nichterscheinens des Beklagten vor einem unzuständigen Richter stattgefunden und eine prorogatio tacita erzeugt hätte; nur durch das einwandlose Verhandeln zur Hauptsache fand eine derartige Präklusion statt.

Trotzdem tauchte im gemeinen Prozessrecht die Controverse auf, ob im Nichterscheinen des Beklagten im Verhandlungstermin eine Kompetenzbegründung liegt, ob daher ein Versäumnisurteil gegen ihn auch von dem an sich unzuständigen Gericht ergehen könne. Hierauf wird im II. Teil sub B dieser Abhandlung näher eingegangen werden müssen.

---

1) cf. Kraus § 19, S. 23, 24.
2) Archiv für civ. Praxis B. LXII, S. 373.

§ 5.

Fortsetzung.

Die Bestimmungen der neueren Prozessgesetze[1]).

Der Codex juris bavarici judiciarii von 1753 erkennt das Institut der Prorogation an und verlangt zu ihr die gutwillige, ohne Protestation erfolgte Einlassung der beiden Streitteile vor dem unzuständigen Richter und bei Vermeidung des Ausschlusses die gleichzeitige Vorschützung aller dilatorischen Einreden vor der Streiteinlassung.

Die verlangte Gutwilligkeit der Parteien wird man wohl als den Vereinbarungswillen derselben auffassen müssen, welcher hier, wie im gemeinen Recht, nicht auf faktischem (vielleicht auch nicht auf Rechts-) Irrtum beruhen durfte. War die Unzuständigkeitseinrede durch litis contestatio verloren und lag auch kein Ausnahmsfall für deren Nachbringung vor, so konnte dann freilich mangelnder oder fehlerhafter Wille nicht mehr geltend gemacht werden[2]).

Dabei schrieb das Gesetz die Zustimmung des judex a quo vor, welche später als nicht mehr notwendig angesehen wurde, und die freiwillige Annahme durch den judex ad quem, welcher jurisdictio haben musste.

Erschien der Beklagte nicht, so hatte der Richter auch im Falle der Möglichkeit zulässiger Prorogation seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen und im Falle eines negativen Resultats die Klage „von diesem Gericht“ abzuweisen[3]).

---

[1]) cf. hiezu Deybeck S. 12 ff., S. 116, 117, 198, Kraus §§ 32, 33, S. 43—47.

[2]) Durch die Prozessnovelle vom 17. Nov. 1837 wurde überdies bestimmt, dass die Praeclusion der Unzuständigkeitseinrede keine den Prozessmangel hebende Wirkung habe, vielmehr der mangelnde Prorogationswille durch Nichtigkeitsbeschwerde auch in den Fällen möglicher Prorogation geltend gemacht werden könne (cf. Deybeck S. 116, 117).

[3]) A. M. Kraus S. 44, welcher erklärt, im Kontumazialfalle könne gegen den Beklagten lis pro negative contestata gehalten werden.

Ein anderes Bild ergiebt sich nach der Allgem. Gerichts-Ordnung für die preussischen Staaten vom 6. Juli 1793:

Der Richter hat seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen und darf nicht darauf hinzuweisen versuchen, seine Zuständigkeit durch Prorogation begründen zu lassen, muss aber die durch vorbehaltlose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache entstandene Kompetenz anerkennen, da die Einrede der Unzuständigkeit wie andere prozesshindernde Einreden präkludiert wird, wenn sie nicht vor Einlassung auf die Hauptsache und gleichzeitig mit den eventuellen anderen genannten Einreden vorgeschützt wird. Da dem Richter nicht nur die Möglichkeit gegeben, sondern sogar die Pflicht auferlegt wird, schon bei Eingang der Klage die Prüfung seiner Kompetenz vorzunehmen und den Kläger wegen mangelnder Zuständigkeit „von hier" abzuweisen, so muss wohl stets die Kompetenz schon aus der Klagschrift hervorgehen, also im Falle des Prorogationskonsenses dieser behauptet sein. Hält sich der Richter auf Grund der Klagbehauptungen für zuständig, so ist es dann freilich Sache des Beklagten, eine trotzdem vorhandene Inkompetenz vorzuschützen, wenn er nicht kontumaziert sein will[1]).

Noch einen Schritt weiter gingen die neueren Prozessgesetze und gelangten dazu, in der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten zur Hauptsache geradezu eine Fiktion für seinen Prorogationswillen zu erblicken.

Als Beispiele hierfür seien folgende Gesetze erwähnt:

Die Braunschweig'sche Civilprozess-Ordnung vom 19. März 1850 legt den Gerichten zwar in § 44 die Prüfung ihrer Kompetenz und die Geltendmachung ihrer Inkompetenz von amtswegen in jedem Stadium des Prozesses auf, erklärt aber in § 21, auf welchen in § 44 einschränkend Bezug genommen wird, die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede heile den Mangel der Kompetenz.

Die bürgerliche Prozessordnung für das Königreich Hannover vom 8. November 1850 bezeichnet in § 19

---

[1]) cf. hiezu Deybeck S. 13, 117, 118, 197, 198.

nicht nur die Vereinbarung, sondern auch die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede als kompetenzbegründenden Faktor und nimmt Präklusion an, „wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit entweder überhaupt nicht oder doch nicht im Eingang des Rechtsstreites vorschützt.“ Ja, der Verfasser und Bearbeiter dieses Gesetzes, Leonhardt[1]), hat geradezu ausgesprochen, die Konsequenz vorstehenden Satzes sei, dass auch der ausbleibende Beklagte präkludiert werde, ein Satz, welchen man m. E. nicht mit Notwendigkeit im Gesetze ausgesprochen zu finden braucht.

Uebrigens wurde das in Vorstehendem dargelegte Präklusions-Prinzip durch § 196 Abs. 3 l. c. dahin gemildert, dass es auf die dem Beklagten bereits zustehenden und bekannten verzögerlichen Einreden beschränkt wurde[2]).

Das von der hannover'schen Prozessordnung ausgesprochene Prinzip wurde für die neueren Civilprozessgesetze massgebend:

Die Oldenburg'sche Prozessordnung vom 2. November 1857 lässt ebenfalls eine Fiktion stillschweigender Vereinbarung aus der Versäumung der Unzuständigkeitseinrede entstehen, nämlich dann, wenn der Beklagte nicht innerhalb der zur Erklärung über die Klage bestimmten Frist die Einrede der Unzuständigkeit vorschützt, verlangt aber, dass die Parteien im amtsgerichtlichen Prozess über die etwaige Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts belehrt werden[3]).

Die beiden badischen Prozessordnungen von 1851 und 18. März 1864 stellen gleichfalls die Fiktion sillschweigender Vereinbarung im Falle der Präklusion mit der Unzuständigkeitseinrede auf und lassen die Präklusion in Art. 32 bezw. § 49 eintreten, „wenn der Beklagte sich auf die vor dem unzuständigen Gericht erhobene Klage einlässt oder Einwendungen vorschützt, ohne die Einrede der Unzuständigkeit entgegenzusetzen. Dabei wird dem Interesse des Beklagten insofern Rech-

[1]) „Die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover“ II S. 28, N. 1 (4. Aufl.), cit. von Deybeck S. 119, N. 1.
[2]) cf. Deybeck S. 119, 120, 200.
[3]) cf. Deybeck S. 121, 122.

nung getragen, als Art. 282 bezw. § 260 vorschreibt, dass der Richter eine Klage wegen Unzuständigkeit a limine von hier zurückzuweisen habe", sodass es diesesfalls natürlich nicht zu einer Präklusion kommen konnte. Eine weitere wichtige Bestimmung enthält § 261, welcher vorschreibt, dass, wenn sich aus einer vor dem Amtsgericht erhobenen Klage die Zuständigkeit des Kollegialgerichts ergiebt, in einem ad hoc anzuberaumenden Vergleichstermin den Parteien zu eröffnen ist, dass das Amtsgericht wegen des Streitwertes sich nicht für zuständig erachte. „Erscheint der Beklagte nicht oder verweigert er beim Misslingen des Vergleichsversuchs die Einlassung, so verweist das Amtsgericht den Kläger an das Kollegialgericht."

Die württembergische Prozessordnung vom 3. April 1868 schreibt in den Artikeln 24 Abs. 3 und 59 Abs. 2 die Annahme der Prorogation im Falle der Versäumung der Unzuständigkeitseinrede vor, beschränkt aber diese Fiktion ausdrücklich auf den Fall des Erscheinens des Beklagten.

Zwar hat der erschienene Beklagte nach Art. 344 seine prozesshindernden Einreden und darunter auch die der Unzuständigkeit des Gerichts gleichzeitig und vor Verhandlung zur Hauptsache bei Vermeidung des Verlustes derselben vorzuschützen, kann aber gegen letzteren Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten. Aber selbst ohne die letztere Cautel waren der Beklagte und sogar der Kläger gegen Prorogationen aus Irrtum nach Thunlichkeit geschützt, insofern der Richter nach Art. 323, 324 eine an ihn gelangte Klage durch prozessleitende Verfügung und unter Angabe des Grundes abweisen konnte, wenn er seine Unzuständigkeit annehmen musste und eine Prorogationsabsicht aus der Klagschrift nicht ersichtlich war. Gegen diese prozessleitende klagabweisende Verfügung konnte der Kläger auf der Zuständigkeit des Gerichts beharren und dann hatte die Vorladung des Beklagten unter Mitteilung des Beharrens des Klägers auf der Zuständigkeit trotz angenommener Unzuständigkeit zu erfolgen. Der Beklagte brauchte nun nicht noch weiter auf die Unzuständigkeit aufmerksam gemacht werden, vielmehr war es nun seine Sache, in Fällen der Zulässigkeit der

Prorogation die Unzuständigkeitseinrede vorzuschützen, widrigenfalls die obengedachte „stillschweigende Prorogation anzunehmen war", welche ausdrücklich als in sachlicher und örtlicher Richtung zulässig anerkannt wird [1]).

Es erübrigt zum Schlusse dieses Paragraphen die Bestimmungen der Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Baiern vom 29. April 1869 darzulegen.

Auch dieses Gesetz kennt eine Konsensprorogation und nimmt in Art. 39 stillschweigende Vereinbarung an, wenn der Beklagte sich vor dem nicht zuständigen Gericht auf den Streit eingelassen hat, ohne die Einrede der Unzuständigkeit vorzuschützen. Letztere ist nämlich nach Art. 184 gleichzeitig mit den anderen prozesshindernden Einreden und nach Art. 186 im Falle sachlicher Unzuständigkeit vor jeder anderen Aeusserung bei Strafe der Präklusion vorzuschützen. Der unzuständige Einzelrichter hat aber nach § 39 Abs. 2 die Parteien vor Verhandlung zur Hauptsache auf seine Unzuständigkeit aufmerksam zu machen, widrigenfalls das Verfahren nichtig ist.

Erscheint der Beklagte im Termine nicht, so gilt die Vereinbarung nach Art. 39 Abs. 3 als abgelehnt; im übrigen ist als der Wille des Gesetzgebers von den Schriftstellern übereinstimmend festgestellt, dass folgende Unterscheidung zu statuieren ist:

Wenn im Verfahren vor Einzelrichtern der für die Zuständigkeit massgebende Wert des Streitgegenstandes nicht aus der Klage sich ergiebt, so ist der Kläger beim Ausbleiben des Beklagten mit seiner Klage abzuweisen. Der letztere konnte ja nicht über die Unzuständigkeit belehrt werden.

In den übrigen Fällen erstreckt sich die Geständnisfiktion auch auf die Kompetenzbehauptungen der Klage und je nachdem sich hieraus die Zuständigkeit ergiebt oder nicht ergiebt, ist der Beklagte zu verurteilen oder der Kläger mit der Klage „von hier" abzuweisen [2]).

[1]) cfr. Deybeck S. 122—124, 201, 202.

[2]) cfr. Deybeck S. 124—127, 202, 203, die hier Citierten und Kraus § 32 S. 44, 45, § 33 S. 45—47.

II.

Dogmatischer Teil.

A.

Die juristische Bedeutung einer vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten zur Hauptsache vor einem unzuständigen Gericht.

§ 6.

Vorbemerkungen.
Die Bestimmungen der Reichscivilprozessordnung.

Unter der zusammenfassenden Ueberschrift: „Vereinbarung über die Zuständigkeit des Gerichts“ giebt die R.-C.-P.-O. im I. Abschnitt 3. Titel die Bestimmungen über die Prorogation dahin, dass ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig wird (§ 38), erklärt sodann im § 39, stillschweigende Vereinbarung sei anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt habe, und bestimmt in § 40, dass die Vereinbarung keine rechtliche Wirkung habe, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich beziehe, und dass die Vereinbarung unzulässig sei, wenn der Rechtstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betreffe, oder wenn für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtstand begründet sei.

Im engen Zusammenhang mit diesen Bestimmungen steht die weitere in § 247 Abs. 1, dass prozesshindernde

Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen seien; in Abs. 2 das. wird die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts als eine solche prozesshindernde Einrede bezeichnet und in Abs. 3 das. hinzugefügt, dass solche Einreden nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache nur geltend gemacht werden können, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden nicht imstande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

Für das amtsgerichtliche Verfahren wiederholt § 465 Abs. 1 u. 2, dass allein die prozesshindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen ist, dass aber das sachlich unzuständige Amtsgericht den Beklagten vor der Verhandlung zur Hauptsache auf seine Unzuständigkeit aufmerksam zu machen hat.

Ganz ähnlich wie die Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Baiern vom 29. April 1869[1]) kennt also die R.-C.-P.-O. nicht nur eine Konsensprorogation, sondern auch in § 39 die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung durch vorbehaltlose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache und zwar neben der in § 38 besonders erwähnten „ausdrücklichen oder stillschweigenden (wirklichen) Vereinbarung".

Was unter der zuerst genannten „anzunehmenden stillschweigenden Vereinbarung" zu verstehen ist, wird in den folgenden Paragraphen zu erwähnen sein. Denn aus der Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung einer vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten zur Hauptsache vor einem unzuständigen Gericht ergiebt sich allein ein sicherer Schluss für die weitere Frage, ob auch gegen einen ausbleibenden Beklagten vor einem unzuständigen Gericht ein Versäumnisurteil ergehen kann, wenn nur die Prorogation im Hinblick auf § 40 C.-P.-O. zulässig gewesen wäre. Dies ist bereits in § 1 betont.

---

[1]) cf. § 5 a. Ende.

§ 7.

Der Stand der Kontroverse.

Die vorstehende Frage war schon im gemeinen Recht und nach den Bestimmungen der Partikulargesetze eine sehr strittige und die R.-C.-P.-O. hat nicht dazu beigetragen, diese Kontroverse zu beseitigen, vielmehr ist durch sie der alte Streit von neuer Heftigkeit entbrannt und es hat die aufgeworfene Frage eine Berücksichtigung in der Litteratur gefunden, wie keine andere, nachdem Wach in seinem Leipziger Dekanatsprogramm 1879 „das Prinzip des gewillkürten Gerichtstandes" in überaus scharfsinniger Weise festzustellen versucht hatte.

Im Ganzen lassen sich vier verschiedene Theorien auseinanderhalten und zwar:

1. Die Präklusionstheorie. Sie geht davon aus, dass die in Gemässheit des § 39 R.-C.-P.-O. eintretende Zuständigkeit eines an sich nicht zuständigen Gerichts Präklusionswirkung ist Zu ihr bekennen sich in erster Linie Wach, welcher jedoch in seinen späteren Arbeiten selbst wieder davon abkam, ferner Bülow, Kohler, Plank, Adam und Seuffert (Kommentar)[1]).

2. Die Theorie genereller Kompetenz. Sie vertritt den Standpunkt, jedes Gericht erster Instanz sei an und für sich für jede Klage zuständig, soweit nicht ausschliessliche oder andere als vermögensrechtliche Ansprüche in Betracht kommen, und dem Beklagten stehe nur ein beschränktes Ablehnungsrecht zu. Mit dieser Auffassung steht Fitting ganz allein.

3. Die Theorie blosser Judikationsbefugnis, welche von Birkmeyer vertreten wird und die lehrt, im Falle des § 39 werde das Gericht nicht zuständig, erlange aber die Befugnis zur Sachentscheidung trotz seiner Unzuständigkeit.

4. Die Vereinbarungstheorie. Sie steht auf dem Standpunkt, das vorbehaltlose Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache sei eine konkludente Handlung für den Prorogationswillen desselben. Diese Auffassung wird schon von den Verfassern der Motive zu den Ent-

---

1) VII. Aufl. § 39 Nr. 2 S. 56.

würfen vertreten und von Petersen, Renaud, Francke, v. Amsberg, den Kommentaren von Struckmann und Koch, Wilmowsky und Levy, Gaupp, und in gewissem Sinne auch von Wach in seinem Handbuch geteilt.

Auf diese vier Gruppen von Ansichten soll zunächst näher eingegangen, die Gründe der Rechtsgelehrten kurz fixiert und sodann erst bei der Kritik derselben die eigene Ansicht des Verfassers entwickelt werden.

§ 8.

Fortsetzung.
Die Präklusionstheorie.

Wach hat in seinen hier in Betracht kommenden Schriften [1]) das Institut der prorogatio fori in seiner geschichtlichen Entwicklung verfolgt und ist dabei zu folgenden Resultaten gelangt:

Das gemeine Recht habe zur Prorogation stets den Willen der Parteien gefordert, welcher sich auch stillschweigend durch die Streitbegründung habe deklarieren können; daher habe Irrtum über die Zuständigkeit des Gerichts die Prorogation ausgeschlossen und es sei hierbei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen faktischer und rechtlicher, verschuldeter und unverschuldeter Irrtum völlig gleichbedeutend gewesen. Soweit sei das Institut in seiner reinen Gestalt erschienen. Aber bereits frühe hätten sich zwei Modifikationen desselben geltend gemacht, indem erstlich der Rechtsirrtum für irrelevant erklärt worden sei und indem man andrerseits aus prozessualischen Zweckmässigkeitsgründen und zur Verhinderung der Verschleppung der Prozesse die Vorschrift aufgestellt habe, dass die Einrede der Unzuständigkeit vor Verhandlung des Beklagten zur Haupt-

---

[1]) „Das Prinzip des gewillkürten Gerichtstandes", Leipziger Dekanatsprogramm v. 1879, erweitert bearbeitet unter demselben Titel im Archiv für civ. Praxis LXII S. 373 ff.; derselbe: „Der gewillkürte Gerichtstand" in Rassor und Küntzel „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts" XXIV S. 703 ff.; beiläufig auch zu nennen: „Defensionspflicht und Klagerecht" in Grünhut's „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht", B. VI S. 515 ff., 593 ff.; derselbe: „Praeclusion und Contumaz" in Grünhut's „Zeitschrift fü das Privat- u. öffentliche Recht, B. VII S. 130 ff.

sache vorgeschützt werden müsste, widrigenfalls sie präkludiert sei, und, dass dieselbe nur für den Fall unverschuldeter Versäumnis restituiert werden könne. Durch diese beiden Modifikationen sei die Konkludenz der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten zur Hauptsache für den Prorogationswillen von selbst weggefallen, da nach geschehener Einlassung selbst der bewiesene Mangel der Prorogationsabsicht im Falle schuldhafter Versäumnis rechtlich nicht mehr hätte berücksichtigt werden können. Noch lockerer sei das Verhältnis zwischen Prorogation und Vertrag dadurch geworden, dass die Einrede der Unzuständigkeit nur dem Beklagten gegeben worden sei, infolgedessen der Kläger, der seine Klage in noch so unverschuldetem Irrtume bei einem unzuständigen Gerichte erhoben habe, die durch die einwandlose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache begründete Zuständigkeit auch gegen sich habe gelten lassen müssen.

Das so modifizierte Institut sei in die R.-C.-P.-O. übergegangen; es genüge, wenn der Kläger die Klage bei einem nicht absolut unzuständigen Gerichte erhebe und der Beklagte sich vorbehaltlos auf sie einlasse. Hierdurch sei für Kläger wie Beklagten ein Rügen der Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund nachweisbaren Irrtums über die Zuständigkeit ausgeschlossen. Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts, die § 247 C.-P.-O. unter den prozesshindernden Einreden mitaufführe, sei nach Abs. 3 daselbst zu restituieren, wenn dieselbe eine nicht verzichtbare sei oder der Beklagte glaubhaft mache, dass er ohne sein Verschulden nicht imstande gewesen sei, dieselbe vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen. Dieselbe sei, soweit Prorogation überhaupt nicht zulässig, eine nichtverzichtbare, dagegen, soweit solche zulässig, eine verzichtbare, also im Falle der Bescheinigung des Irrtums und der Schuldlosigkeit desselben dem Beklagten ebenfalls zu restituieren.

Habe man also früher in der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten ein konkludentes Faktum für den Subjektionswillen erblickt oder wolle man dies jetzt noch darin erblicken, so widerspreche dieser Auffassung der Rechtssatz, dass der bewiesene Mangel dieses Willens

der angeblichen Konkludenz gegenüber keine Beachtung finde; man sei daher dazu gekommen, aus der vorbehaltlosen Einlassung eine praesumtio juris et de jure für die Prorogationsabsicht zu machen, allein auch dies sei nicht möglich, da der Annahme einer solchen Präsumtion der andere aus § 247 Abs. 3 gefolgerte Rechtssatz widerspreche, dass der Beweis der unverschuldeten Versäumnis der Einrede der Unzuständigkeit die Wirkung der Einlassung entkräfte. Hieraus folge, dass die Ausdrucksweise der §§ 38, 39 C.-P.-O., soweit sie die Begründung der Kompetenz innerhalb des Prozesses nicht durch pactum de prorogando foro vor demselben betreffe, unangemessen sei. Nicht „Vereinbarung", nicht „Willensübereinkunft, sondern die Thatsachen der Klageerhebung und Einlassung begründeten die Zuständigkeit. Das Prorogationsprinzip der C.-P.-O. sei das Prinzip der Präklusion. —

Bülow[1]) gelangt zu einem ähnlichen Resultate wie Wach, aber auf anderem Wege.

Er argumentiert folgendermassen:

Der blosse Wortlaut des § 39 berechtige dazu, denselben so zu verstehen, als ob nur eine durch den Beweis des Gegenteils widerlegbare gesetzliche Vermutung für eine Vereinbarung über die Zuständigkeit hätte angenommen werden sollen. Dieser Auffassung widerspreche § 247, welcher die Einrede der Unzuständigkeit als prozesshindernde Einrede bezeichne und bestimme, dass dieselbe vor Verhandlung zur Hauptsache vorzuschützen sei. Nach Eintritt in die mündliche Verhandlung könne der Mangel der Zuständigkeit des Gerichts nicht mehr geltend gemacht werden. Dies heisse aber nichts Anderes als das angegangene Gericht erhalte, wenn es nicht schon ipso jure kompetent sei, doch durch Unterlassung des Widerspruchs die ihm bis dahin fehlende Kompetenz.

Dieser Grundsatz liege bereits in § 247, werde aber in § 39 gelegentlich der Kompetenzfrage nochmals in die Fiktionsform eingekleidet wiederholt. § 247 lasse das blosse Schweigen des Beklagten ohne Rücksicht

[1]) „Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten" im Archiv für civ. Praxis LXII S. 41 ff.; cf. auch LXIV S. 32 N. 25.

auf eine zugrunde liegende Prorogationsabsicht kompetenzbegründend wirken, daher sei es auch unmöglich, den § 39 anders zu verstehen, als dass hier ebenfalls das Nichtgeltendmachen der Inkompetenz die unmittelbare und von der Existenz einer Prorogationsabsicht unabhängige Rechtswirkung der Kompetenzbegründung haben solle. Dies sei aber identisch mit der Behauptung, § 39 enthalte keine Praesumtion, sondern eine Fiktion. Letztere sei aber nichts, als ein unter der Verkleidung eines fingierten consensus verstecktes Abwehrungsrecht, dessen Nichtgebrauch die gleiche Rechtswirkung hervorbringe wie die Einwilligung.

Bülow's Ansicht geht also im Resultat dahin, dass § 39, trotz der ihm gegebenen Fassung und des Ausspruches der Motive, sich nicht auf eine vertragsmässige prorogatio fori bezieht, sondern dass es neben Gesetz und Vertrag ein drittes kompetenzbegründendes Moment, das Stillschweigen des Beklagten, giebt. Die Einrede der Unzuständigkeit sei nur bis zum Eintritt des Beklagten in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache möglich, ihre spätere Vorbringung definitiv ausgeschlossen. Trotz der Bestimmung des § 247 Abs. 3 sei diese Einrede abweichend von den übrigen prozesshindernden Einreden zu behandeln und ihre Nachbringung nach Eintritt des Beklagten in die Verhandlung zur Hauptsache aus den daselbst genannten restitutionsartigen Gründen ausgeschlossen, da § 39 das Nichtgeltendmachen der Unzuständigkeit vor der Sachverhandlung ohne jeglichen Vorbehalt als Kompetenzgrund hingestellt habe. Nach Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache komme daher der Mangel der Kompetenz nicht mehr rechtlich in Betracht; der § 39 sei eine Schlussfolgerung aus § 247, doch so, dass aus der selbständigen Hervorhebung in § 39 die Exemption der Kompetenzfrage von der Bestimmung des § 247 Abs. 3 sich ergebe.

Nicht so sehr tritt das Präklusionsprinzip in den Vordergrund bei Kohler [1]).

Derselbe erklärt, ausser der Erklärung des Beklagten sei auch sein Stillschweigen kompetenzbegrün-

---

[1]) cf. besonders „Klagbehauptung, Kompetenz, forum contractus" im Archiv für civ. Praxis LXX S. 212ff., S. 214, 215.

dend, einerlei, ob dasselbe bewusst oder unbewusst erfolgt sei, ob der Schweigende die für die Kompetenzordnung massgebenden Umstände kenne oder nicht. Allerdings sei es eigentlich nicht das Stillschweigen des Beklagten, sondern der fortschreitende Prozess, welcher Kompetenz schaffe, auch nicht jedes Stillschweigen, sondern nur ein solches in Verbindung mit der materiellen Einlassung, positiv laute also der Satz: Die materielle Einlassung in Verbindung mit einem Stillschweigen bezüglich der Kompetenz begründe die Gerichtszuständigkeit, natürlich nur soweit keine öffentlichen Interessen entgegenstehen [1]).

§ 9.

Fortsetzung.

Die Theorie genereller Kompetenz.

Diese scharfsinnige Theorie begründete Fitting [2]) und verteidigt sie in virtuoser Weise, ohne damit aber zu erreichen, dass sich ihr auch andere Rechtsgelehrte anschlossen.

Er schlägt denselben Weg ein wie Bülow [3]), gelangt aber zu einem gänzlich anderen Resultat.

Er deduziert folgendermassen:

Der Wortlaut des § 39 und die Motive zu §§ 38—40 schienen die Annahme zu rechtfertigen, dass das vorbehaltlose Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache nur eine schlüssige Kundgebung des Prorogationswillens sei, welche durch den Nachweis des infolge von entschuldbarem oder unentschuldbarem Irrtum nicht vor-

---

[1]) Im Uebrigen cf. Just „Civilprozessrechtliche Kontroversen" im Archiv für civ. Praxis LXVIII S. 268 ff., bes. S. 269 ff.; Plank, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts § 21 Z. 1 S. 80; Adam, welcher sich schon im Vorwort S. VII rückhaltlos als Anhänger des Präklusionsprinzips bekennt und die Absicht kundgibt, den auf die historischen Darlegungen Wach's eröffneten und seither der Defension harrenden Angriff nach Kräften zurückzuschlagen. cfr. auch derselbe S. 85—102.

[2]) Lehrbuch VII. Aufl. § 16: „Die Lehre vom sog. vereinbarten Gerichtstand nach der R.-C.-P. O." im Archiv für civ. Praxis LXIII S. 222 ff. und „Ueber die prinzipielle Grundlage des sog. vereinbarten Gerichtstandes nach der R.-C.-P.-O." in Busch Zeitschrift, B. VI S. 253 ff.

[3]) cf. § 7.

handenen Prorogationswillens in jeder Lage des Rechtsstreites beseitigt werden könne. Diese Annahme werde jedoch durch § 247 ausgeschlossen, welcher bestimme, dass die Unzuständigkeit des Gerichts nur vor der Einlassung des Beklagten vorgebracht werden dürfe und spätere Vorbringung unzulässig sei, wenn der Beklagte nicht imstande sei, glaubhaft zu machen, dass seine Versäumnis aus einem Irrtume hervorgegangen und dieser Irrtum ein entschuldbarer gewesen sei. Durch die Verhandlung zur Hauptsache sei daher jeglichem Irrtume des Klägers die Relevanz genommen und auch der Irrtum des Beklagten finde, soweit er ein schuldhafter sei, keine rechtliche Beachtung mehr. Hierdurch werde aber trotz des Wortlautes des § 39 und der Motive die Unmöglichkeit klargestellt, dass nicht die Vereinbarung die wahre Quelle des positiven Gerichtsstandes — abgesehen vom eigentlichen Prorogationsvertrag — sei, vielmehr seien Klageerhebung und Einlassung auf die Klage die kompetenzbegründenden Momente und zwar im allgemeinen ohne Rücksicht darauf, ob Kläger oder Beklagter oder beide von irrtümlichen Voraussetzungen bezüglich der Zuständigkeit ausgegangen seien. Das infolge dieser Betrachtungen von Bülow und Wach an die Stelle des Vereinbarungsprinzips gesetzte Präklusionsprinzip verwirft Fitting aus dem Grunde, weil nach dem Kausalgesetze durch blosse Unterlassung eines positiven Eingreifens eine positive Wirkung nicht hervorgerufen werden könne; auch könne die Unterlassung der Vorschützung der Inkompetenzeinrede nur in Verbindung mit dem positiven Momente der Klageerhebung wirksam werden. Walte aber auf seiten des Klägers ein Irrtum über die Zuständigkeit ob, so fehle auch hierin ein positives Moment, da die blosse Klageerhebung in gar keinem ursächlichen Zusammenhang mit der Zuständigkeit stehe. Sei aber sonach bewiesen, dass weder die Versäumnis der Inkompetenzeinrede, noch die möglicherweise irrtümliche Klageerhebung dem unzuständigen Gerichte im Falle der §§ 247 und 39 Zuständigkeit zu verleihen imstande sei, so werde man mit Notwendigkeit zu dem Schlusse geführt, dass die Zuständigkeit des Gerichts schon vor der Klageerhebung vorhanden gewesen sein müsse. Hieraus

entstehe die Regel, dass jedes ordentliche Gericht erster Instanz für jede Klage zuständig d. h. zu ihrer Verhandlung und Entscheidung fähig und befugt sei. Die gesetzlichen Regeln über die Zuständigkeit hätten dann keinen andern Sinn, als dem Beklagten diejenigen Fälle zu bezeichnen, in denen er die Einlassung auf die Klage bei einem an sich zuständigen Gericht verweigern könne. Von diesem Standpunkte aus qualifiziere sich auch der eigentliche ausserprozessualische Prorogationsvertrag nicht als kompetenzbegründend, sondern nur als ein solcher, in dem der Beklagte auf sein Recht, die Einlassung auf die Klage vor einem an sich zuständigen Gerichte zu verweigern, verzichte.

Bezüglich der bereits weiter oben berührten Nebenpunkte, dass die Einrede der Unzuständigkeit im Falle schuldlosen Irrtums und dessen Glaubhaftmachung dem Beklagten zu restituieren sei, bezieht sich Fitting zur Begründung darauf, dass § 39 seine Ergänzung und nähere Bestimmung durch § 247 erhalte. Da § 247 diese Einrede unter den prozesshindernden Einreden aufzählt und in Abs. 3 daselbst vorschreibt, dass dieselben unter den mehrgenannten Voraussetzungen zu restituieren seien, so müsste dies nach richtigen Grundsätzen der Auslegung auf sämtliche prozesshindernde Einreden bezogen werden.

§ 10.

Fortsetzung.

Die Theorie blosser Judikationsbefugnis.

Diese Theorie ist von Birkmeyer begründet und in mehreren Aufsätzen [1]) verteidigt worden; sie gelangt zu folgendem Resultat:

Im Falle des Thatbestandes des § 39 könne von einer wirklichen Vereinbarung keine Rede sein, da das Gesetz den wahren Willen des Klägers völlig unberücksichtigt lasse, denjenigen des Beklagten nur insoweit

[1]) „Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. u. 247 Ziff. 1 Abs. 3 R.-C.-P.-O.“, Rostock 1881; derselbe: „Noch einmal zur Interpretation des § 39 R. C.-P.-O.“ in Busch, Zeitschrift V S. 124 ff. und: „Der Begriff der Streiteinlassung des Beklagten nach der R. C.-P.-O. und seine Vorgeschichte“ im Archiv für civ. Praxis LXVI S. 22 ff.

beachte, als es diesem gegen die Versäumnis der Inkompetenzeinrede im Falle des § 247 Abs. 3 d. h. wegen bewiesenen schuldlosen Irrtums Restitution gewähre. Die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen weise aber auch mit Evidenz darauf hin, dass der Gesetzgeber nur die Präsumtion einer Vereinbarung habe aufstellen wollen, indem er das Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache als konkludentes Faktum für dessen Prorogationswillen ansehe. Durch Aufnahme des § 247 in das Gesetz und durch dessen Rückwirkung auf § 39 sei dieser Wille des Gesetzgebers unmöglich geworden, indem der Annahme einer praesumtio juris die Beschränkung des Gegenbeweises in § 247 Abs. 3 entgegenstehe, während die Annahme einer praesumtio juris et de jure der weitere Umstand verbiete, dass überhaupt ein Gegenbeweis, wenn auch ein noch so beschränkter, zugelassen sei. Durch den Hinzutritt des § 247 also sei aus der beabsichtigten praesumtio eine Fiktion geworden. Es frage sich nun, welchen Rechtssatz der § 39 an die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache vor einem unzuständigen Richter habe anknüpfen wollen, indem er sie mit einer Vereinbarung über die Zuständigkeit vergleiche. Die bis jetzt allgemein gegebene Antwort gehe dahin, dass das Gesetz an die vorbehaltlose Einlassung den Rechtssatz habe knüpfen wollen, dass hierdurch ein unzuständiges Gericht zuständig werde, allein dies sei unmöglich, da weder die Präklusion mit der Inkompetenzeinrede schon nach dem Kausalitätsgesetz Zuständigkeit begründen könne, noch andrerseits das Fitting'sche generelle Kompetenzprinzip wegen seines Widerspruchs mit dem Wortlaut des Gesetzes und seiner völligen Verkennung des öffentlichen Interesses an einer festen Kompetenzregelung haltbar sei. Aber in der That begründe weder § 247 noch § 39 Zuständigkeit, das Gesetz kenne nur zwei kompetenzbegründende Faktoren: Das Gesetz selbst und den Willen der Parteien; die in § 39 liegende Fiktion führe vielmehr nach logischen Interpretationsregeln zu der weiteren Fiktion der Zuständigkeit. Hieraus folge, dass durch das vorbehaltlose Verhandeln der Parteien keine Zuständigkeit begründet werde, sondern der Richter nur in diesem Falle die Befugnis

und Pflicht erhalte, trotz seiner Unzuständigkeit im Falle des § 39 ausnahmsweise aus prozessualischen Zweckmässigkeitsgründen zu prozedieren und zu judizieren.

§ 11.

Fortsetzung.

Die Vereinbarungstheorie.

Sie bildet die Grundlage der Anschauung der Verfasser der Motive zu den Entwürfen, wie bereits oben [1]) gesagt, und zählt v. Amsberg [2]), Renaud [3]), Francke [4]) und die Kommentare von Petersen, Struckmann & Koch, Wilmowsky & Levy, und Gaupp zu ihren Anhängern.

Es wird wohl genügen, wenn der Gedankengang dieser Rechtsgelehrten kurz an der Hand der Auffassung von v. Amsberg skizziert und hieran die neuere Wach'sche Auffassung angeschlossen wird. Bei der Kritik der verschiedenen Ansichten wird sich genügende Gelegenheit finden, auch auf die Argumentationen der genannten anderen Rechtsgelehrten einzugehen.

v. Amsberg weist an der Entstehungsgeschichte der §§ 39 und 247, ähnlich wie Birkmeyer [5]) nach, dass es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, im Thatbestande des § 39 wirklich einen Fall des vereinbarten Gerichtstandes aufzustellen und zwar, da eine eigentliche Vereinbarung aus Mangel an den materiellrechtlichen Voraussetzungen einer solchen, insbesondere wegen Irrtums, nicht zustande kommen könne, dass in dem mündlichen Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache ohne Vorschützen der Einrede der Unzuständigkeit eine konkludente Handlung für den Vereinbarungswillen zu erblicken sei. Hiernach habe der Gesetzgeber die Absicht gehabt, im § 39 eine praesumtio juris der Vereinbarung über den Gerichtstand aufzustellen. Durch Hinzutritt des § 247 sei diese gesetzgeberische Absicht

---

1) cf. § 7 am Ende.

2) „Prorogatio fori und contumacia" im Archiv für civ. Praxis, B. LXV S. 59 ff.

3) „Zur Lehre von der gerichtlichen Zuständigkeit" in Busch Zeitschrift, B. V S. 1 ff.

4) „Zu den §§ 39, 247 Z. 1 u. Abs. 3, 296 R.-C.-P.-O. in Busch Zeitschr., B. V S. 463 ff.

5) cf. § 9.

modifiziert worden. Man sei sich zwar wohl bewusst gewesen, dass derselbe durch § 39 eine Ergänzung erhalte, indem letztgenannter Paragraph an die in § 247 ausgesprochene Präklusion der Einrede der Unzuständigkeit für den Fall einwandloser Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache die positive Wirkung der prorogatio fori geknüpft habe, wodurch der unzuständige Richter zuständig geworden sei Durch den innigen Zusammenhang beider Paragraphen sei aber auch eine während der Vorverhandlungen nicht zum Bewusstsein gelangte Rückwirkung entstanden, indem das Konsensprinzip des § 39, welches zur Präsumtion führe, mit dem Präklusionsprinzip des § 247, welches zur Fiktion führe, in Kollision gekommen sei. Infolgedessen habe sich die schwächere Potenz, die Präsumtion, in die stärkere, die Fiktion, in die Fiktion der stillschweigenden Vereinbarung über die Gerichtszuständigkeit umgesetzt.

Die Wechselwirkung der §§ 39 und 247 führe mit Notwendigkeit dazu, dass dem Beklagten, der ohne Rüge der Unzuständigkeit vor einem unzuständigen Gericht zur Hauptsache verhandelt habe, diese Einrede zu restituieren sei, wenn er den Irrtum über die Zuständigkeit und gleichzeitig die Schuldlosigkeit desselben glaubhaft mache. Denn in § 247 sei ganz allgemein die Restitution der prozesshindernden Einreden unter den genannten Voraussetzungen verheissen, die Einrede der Unzuständigkeit in Abs. 2 daselbst sei unter den prozesshindernden Einreden mitaufgeführt, ohne besondere Vorschrift dürfe sie daher von der Restitution nicht ausgeschlossen werden; eines Hinweises aber auf die Zulässigkeit der Restitution in § 39 habe es nicht bedurft.

Dieser Auffassung v. Amsberg's, welche im wesentlichen auch diejenige von Renaud und Francke ist, kommt die von Wach in seinem Handbuch[1]) vertretene sehr nahe:

Der streng römisch-rechtliche Standpunkt des Konsensprinzips sei verlassen; man habe die Wirkungen

---

[1]) „Handbuch des deutschen Civilprozessrechts" I. Bd. § 43 S. 504ff.

der Vereinbarung schon dort angenommen, wo eine solche nicht vorliege. Aber nach wie vor sei das Prinzip des Gerichtstandes schlechthin der übereinstimmende, unmittelbar auf die Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt gerichtete Wille. Dies beweise nicht nur die Titelüberschrift zu §§ 38—40 R.-C.-P.-O., sondern auch deren Inhalt: es werde ein Gerichtstand begründet durch Vereinbarung und durch die Fiktion einer solchen. Mit vollem Bewusstsein unterstelle das Gesetz in § 39 einen Thatbestand, welcher nicht Vereinbarung sei, dem Konsensprinzip; damit wolle es nicht nur die Wirkung desselben, die Zuständigkeit, sondern den für die Konstruktion und weitere Schlussfolgerung massgebenden Gedanken aussprechen.

In § 39 setzte das Gesetz also eine praesumtio juris et de jure konkludent erklärten Prorogationsvertrags und demnach für den Fall, dass es am Prorogationswillen fehle, eine Fiktion desselben, weil es zweckwidrig sei, von einem bereits durch Sachverhandlung mit der Sache befassten Gericht diese wiederum zu avozieren und demgemäss einem Irrtumsbeweis stattzugeben angesichts der objektiv unzweifelhaft in der Einlassung liegenden Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt. Im bewussten, durch die Fiktionsform deutlich ausgesprochenen Widerspruch mit den Thatsachen unterstelle das Gesetz diesen Vorgang dem Begriff der „stillschweigenden Vereinbarung", also dem Vereinbarungsprinzip, nicht einem heterogenen „Abwehr-" oder „Präklusionsprinzip". Freilich sei unverkennbar, dass hier das Verschweigen der Unzuständigkeitseinrede und nicht die vorbehaltlose Einlassung an und für sich eine wesentliche Rolle spiele. Denn einerseits entstehe der Gerichtstand auch dann, wenn der Beklagte unter Vorbehalt, unter Vorschützen irgend einer anderen prozesshindernden Einrede sich eventuell einlasse, und andrerseits wäre die Entstehung des Gerichtstandes undenkbar, wenn die Einrede der Unzuständigkeit nicht präkludiert würde; denn ihre Zulassung wäre Negation des Gerichtstandes. Aber der Gedanke des Gesetzes sei nicht Prorogation infolge von Versäumnis, Passivität, Nichtgebrauch der Einrede, sondern infolge eines Handelns, welchem zwingend die konkludente Bedeutung für den

Prorogationswillen beigelegt werden solle. Daher seien nicht die §§ 247, 465 C.-P.-O., welche von dem Gebrauch und der Präklusion prozesshindernder Einreden handeln, das eigentlich die Prorogation normierende Gesetz, deren Vervollständigung oder gar nur Schlussfolgerung der § 39 enthielte; vielmehr sei dieser die Gerichtsstandsvorschrift. Es bilde daher auch für die Beantwortung im Gesetz nicht ausdrücklich entschiedener hierher gehöriger Fragen nicht das Präklusionsprinzip, sondern nur das Vereinbarungsprinzip den Obersatz.

Zu dieser Auffassung gelangte Wach, wie er selbst erklärt [1]), nicht an der Hand der Entstehungsgeschichte, denn dass diese vom Vereinbarungsgedanken der Hauptsache nach erfüllt gewesen sei, habe er nie bezweifelt, auch nicht durch die Deduktionen seiner Gegner, sondern allein durch die Erkenntnis, dass die Fiktion nicht nur eine sinnbildlich veranschaulichende Uebertragung der Wirkungen eines Thatbestandes auf einen anderen, sondern dass sie zugleich die Uebertragung des für diese Wirkungen ursächlichen Rechtsgedankens sei. In § 39 werde offenbar nicht ignoriert, dass eine stillschweigende Vereinbarung über den Gerichtstand nicht zustande komme, sondern disponiert, dass die Thatsache der vorbehaltlosen Einlassung und der dadurch eingetretenen Präklusion der Einrede der Unzuständigkeit den Gerichtstand schaffen solle. Da aber das Gesetz sage, die vorbehaltlose Einlassung solle wie stillschweigende Vereinbarung behandelt werden, so folge, dass der weitere Ausbau dieser Lehre nicht vom Präklusionsgedanken, sondern nur vom Vereinbarungs- oder Selbstunterwerfungs-Gedanken aus zu erfolgen habe.

§ 12.

Kritik der in den §§ 7—11 dargestellten Ansichten; Entwicklung der eigenen Ansicht des Verfassers.

Zur Darlegung der aus diesen verschiedenen Meinungen im Falle der contumacia des Beklagten zu ziehenden Konsequenzen soll später geschritten werden. Vorerst soll in eine Kritik derselben eingetreten und die

---

[1]) Wach, Handbuch I, § 43 N. 29 S. 501, § 23 S. 304.

eigene Ansicht des Verfassers aufgestellt und begründet werden.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass, wie in § 4 ausgeführt wurde, bereits im gemeinen Prozessrecht der ursprünglich zur Prorogation erforderliche beiderseitige Wille der Parteien mehrfach keine Berücksichtigung fand, indem zunächst der den Willen ausschliessende Rechtsirrtum für irrelevant erklärt[1]), dann aber auch die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts von dem Beklagten in der Regel nur vor Verhandlung zur Hauptsache[2]) oder nach anderer Meinung sogar nur vor Verhandlung über andere prozesshindernde Einreden[3]) vorgeschützt werden konnte[4]), während jeder Irrtum des Klägers nach diesem Zeitpunkte keine rechtliche Wirkung hervorbrachte. Nach Verhandlung zur Hauptsache konnte diese Einrede dem Beklagten nur infolge unverschuldeten Irrtums restituiert werden.

Darüber herrscht wohl Einhelligkeit, dass die R.-C.-P.-O. ebenso, wie das im Uebrigen kontroverse gemeine Recht von der Konsensprorogation ausgeht, aber ebenso, dass es den Willen der Parteien oft unberücksichtigt lässt. Dies ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte der §§ 39 und 247, aber auch aus der logischen Interpretation derselben.

Die meisten Schriftsteller erblicken unter der nach § 39 C.-P.-O. „anzunehmenden stillschweigenden Vereinbarung“ die Fiktion einer Vereinbarung[5]), doch fehlt

---

[1]) cf. Wach, Archiv für civ. Praxis, B. LXII S. 373.

[2]) Z. B. Zanger, de exceptionibus P. II C. 1 u. 4 „nec obstat, si judex, antequam fori declinatoria opponatur, superaliis exceptionibus dilatoriis pronuntiaverit, ex quo videtur judicem approbatum esse. Nam cum aliarum exceptionum diversus finis sit atque fori declinatoriae, ideo inde, quod super aliis judex pronuntiaverit non recte infertur, in eum judicem ita consensisse videri cum hoc casu, ut deinceps declinatoria fori uti non possit“ und die Wormser Reformation von 1498.

[3]) Z. B. Berlich, Concl. pract. concl. N. 28 (zitiert von Wach, Handbuch I, § 43 N. 51 S. 508) „extra omnem controversiam est, si reus coram judice compareat et ommissa exceptione incompetentiae aliam exceptionem dilatoriam opponit, quod per hoc in judicem consensisse eius jurisdictionem prorogasse dicatur.

[4]) Genaueres unter Quellenangabe bei Adam S 88 ff.

[5]) So Wach, Archiv f. civ. Pr. LXII S. 373 ff., in Rassow u. Küntzel, XXIV S. 703 ff. und in seinem Handbuch I S. 507; Bülow, Archiv für civ. Pr. LXII S. 41 ff; Birkmeyer, „Das gegen-

es auch nicht an Stimmen, welche nur eine Präsumtion darin finden[1]). Praktisch wichtig wird dieser Unterschied in der Frage, ob auch die Einrede der Unzuständigkeit dem Beklagten im Falle des § 247 Abs. 3, also, wenn er glaubhaft zu machen vermag, dass er ohne sein Verschulden nicht imstande gewesen sei, dieselben vor Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen, zu restituieren ist.

Steht diese Frage auch nicht in direktem Zusammenhange mit dem Thema, so soll sie wegen ihrer praktischen Bedeutsamkeit doch einer kurzen Erörterung unterzogen und deshalb näher untersucht werden, ob das Gesetz eine Fiktion oder eine Präsumtion statuierte.

Mehrere gehen davon aus, das Gesetz habe in § 39 lediglich eine, durch Gegenbeweis entkräftbare praesumtio juris aufstellen wollen[2]), durch den Hinzutritt des § 247 sei aber der Gegenbeweis, welcher durch § 39 in keiner Weise beschränkt sei, im wesentlichen ausgeschlossen und dadurch die ursprüngliche Rechtsvermutung in eine praesumtio juris et de jure verwandelt worden.

Während Wach[3]) und Andere[4]) der Annahme einer solchen Rechtsvermutung deshalb entgegentreten, weil der genannte § 247 Abs. 3 einen, wenn auch noch so beschränkten Gegenbeweis zulasse, erklären Petersen[5]) und Krauss[6]), die von § 39 aufgestellte praesumtio juris et de jure sei „besser gesagt“ bezw. „mit anderen Worten“ eine Fiktion.

Zur Kritik der in den §§ 7—11 dargelegten Argumentationen sei Folgendes bemerkt:

Was zunächst v. Amsberg anlangt[7]), so halte ich es für gänzlich ausgeschlossen, dass § 39 durch den

---

seitige Verhältnis etc.“ und in Busch V S. 124 ff.; v. Amsberg a. a. O., Just a. a. O. S. 273; Plank a. a. O. I § 21 Z. 1 S. 80; Deybeck a. a. O. S. 71 u. A.

1) Darüber sogleich im Text.

2) So Birkmeyer a. a. O., v. Amsberg a. a. O. und wohl auch Petersen in Busch III S. 249.

3) Im Archiv für civ. Praxis LXII a. a. O.

4) Birkmeyer a. a. O.

5) A. a. O.

6) S. 59.

7) cf. oben § 11.

Hinzutritt von § 247 dem Konsensprinzip entzogen und dem Präklusionsprinzip unterstellt worden sei; im Gegenteil wurde zu Beginn dieses Paragraphen nachzuweisen versucht, dass der Gesetzgeber weder von dem Konsensprinzip ausging, noch unbewusst oder bewusst bei dem Präklusionsprinzip anlangte, dass er vielmehr neben dem Konsens der Parteien die Thatsache vorbehaltloser Verhandlung zur Hauptsache vor einem unzuständigen prorogierbaren Gericht als kompetenzbegründenden Faktor aufstellt und diesen seinen Gedanken lediglich in das Gewand der Fiktion kleidet. Dadurch erreichte er die Möglichkeit, in § 40 kurzweg von der „Vereinbarung" zu sprechen, da dieser gleicherweise für die §§ 38 und 39 gilt.

Uebrigens ist v. Amsberg der Frage gar nicht näher getreten, welche Rechtswahrheit nach dem Willen des Gesetzgebers in der Fiktion des § 39 verborgen liegt, sodass seine Abhandlung in dieser Richtung nichts ergiebt. Anders verhält es sich mit Wach in seinen früheren Abhandlungen, Bülow, Kohler, Just, Plank, Adam, welche trotz ihrer unter einander abweichenden Argumentationen im wesentlichen zu demselben Resultate gelangten und den Rechtsgrund der vorgedachten Frage in der Präklusion mit der Einrede der Unzuständigkeit fanden, welche dem unzuständigen Gerichte die ihm mangelnde Zuständigkeit verleihe.

Richtig ist, was Wach in Rassow & Küntzel a. a. O. S. 703 und im Archiv a. a. O. S. 397 selbst zugiebt, dass diese Ansicht nicht nur mit dem bisherigen Recht bricht, und nicht nur die Terminologie des Gesetzes und die Motive, sondern auch, wie es scheine, die Reichsjustizkommissionsprotokolle und die allgemeine Meinung gegen sich hat. Aber die letztere und das bisherige Recht können m. E. nicht in Frage kommen und die gegenteilige Ausdrucksweise des Gesetzes, die Motive und die Reichsjustizkommissionsprotokolle sind nicht so schwerwiegend, dass sie, die Richtigkeit der Präklusionstheorie vorausgesetzt, unbedingt Berücksichtigung finden müssten. Ausser denjenigen Argumenten, die Wach im Archiv a. a. O. S. 382 und in Rassow & Küntzel a. a. O. S. 720 zur Verteidigung seiner Ansicht und zur Widerlegung des gemachten

Einwandes anführt, und auf die hier nur Bezug genommen werden soll, wird der Hinweis genügen, dass die Vorverhandlungen den Nachweis ergeben, dass § 39 die eigentliche sedes materiae ist, dass er und § 247 nur im Zusammenhange beurteilt werden dürfen, dass die Motive und Protokolle kein Gesetz, dass aber auch das Gesetzeswort den durch Interpretation des Gesetzes gefundenen logischen Konsequenzen aus seinen Prinzipien nachstehen muss. Dass aber die Motive die Prorogation lediglich auf den Willen der Parteien stellen, hindert nicht das unumstössliche Faktum, dass im Thatbestande des § 39 von einer Willensübereinstimmung nicht die Rede sein kann; man braucht aber deshalb nicht mit Wach den Redaktoren Unklarheit über das dem Gesetz thatsächlich zugrunde gelegte Prorogationsprinzip vorzuwerfen, man kann vielmehr wohl annehmen, dass sich dieselben jenes Umstandes bereits bewusst waren und unter der Willensübereinstimmung ebensowohl die wirkliche als die fingierte verstanden wissen wollten.

Dass Gesetz und Motive der Frage nach dem dieser Fiktion innewohnenden Rechtsgrund nicht näher traten, ist mehr als natürlich, da dies lediglich die Aufgabe der wissenschaftlichen Interpreten, nicht diejenige des Gesetzgebers ist. Letzterer bedient sich der Fiktion, um Kompetenzstreitigkeiten möglichst abzuschneiden und um die Schwierigkeit der Ermittlung der wahren Absicht zu beseitigen, als eines bequemen und sicheren Mittels; ihm und der Praxis ist die gesetzliche Fiktion gute gangbare Münze; im vorliegenden Fall wurde durch sie nicht nur der Vorteil einer Anknüpfung an überlieferte Rechtsvorstellungen erreicht, sondern auch der, dass das Gesetzbuch sich ersparte, diejenigen Bestimmungen, durch welche für Prozesse über bestimmte Arten von Rechtsansprüchen, z. B. für Ehenprozesse, jede Abweichung von der legalen Kompetenz ausgeschlossen sein sollte, für beide Fälle, den des consentire und des non dissentire wiederholt vorbringen zu müssen, wie Bülow[1] nachgewiesen hat; die Motive haben daher nicht nötig, auf den Rechtsgrund dieser Fiktion näher einzugehen. Wenn die Wissen-

[1] A. a. O. S. 45.

schaft ihre Sonde an diese Fiktion legt, so braucht sie natürlich das von ihr gefundene Resultat nicht durch den Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes und seiner Motive anfechten zu lassen. Hiernach erscheint es allerdings nicht korrekt, dass der 3. Titel des I. Buchs der R.-C.-P.-O. die Ueberschrift trägt: „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte", aber hierdurch wird etwas, was keine Vereinbarung ist, auch nie und nimmer zur Vereinbarung; es ist dies eben lediglich eine falsche juristische Qualifizierung, die dadurch begünstigt sein mochte, dass man im Anschluss an das gemeine Recht das Institut der prorogatio fori äusserlich auf die Vereinbarung zu stellen gewohnt war, trotzdem dieses bereits andere Prinzipien in sich aufgenommen hatte.

Auch die Einwände, die Renaud[1]) gegen Bülow und Wach erhebt[2]), sind nicht allenthalben stichhaltig. Der genannte Gelehrte führt zunächst aus, § 39 begründe Zuständigkeit und bewirke keine Präklusion, § 247 schliesse die der Inkompetenzeinrede aus und bewirke keine Zuständigkeit. Präklusion sei überhaupt nie imstande Zuständigkeit zu bewirken, da das Gesetz hierzu einwandloses Verhandeln zur Hauptsache verlange; Präklusion könne übrigens auch nur infolge von Klageerhebung vorkommen, und es erscheine hiernach im Sinne Bülow's und Wach's die Klageerhebung als das Wesentliche, zu dem die Präklusion perfizierend hinzutrete. Verlange Bülow, dass der Kläger mit Wissen und Willen bei einem unzuständigen Gericht klage, so wurde hiermit ein drittes kompetenzbegründendes Moment in die C.-P.-O. hineingetragen, welches ihr fremd sei; verlange andererseits Wach lediglich Klageerhebung vor einem unzuständigen Gericht, ohne dass diese Unzuständigkeit dem Kläger bewusst zu sein brauche, so sei dies ein ganz äusserliches, rein formelles und an sich bedenkliches Prinzip. Auch habe bereits das gemeine Recht stets den übereinstimmenden Willen der Parteien zur Prorogation verlangt, und wenn früher

---

[1]) A. a. O. S. 15 ff.

[2]) Und die auch gegen die späteren Vertreter der Ansichten der Genannten in Betracht kommen.

der Beklagte nach Verhandlung zur Hauptsache mit der Inkompetenzeinrede ausgeschlossen worden sei und sich auf mangelnden Prorogationswillen nicht mehr habe berufen können, so habe dies darin seinen Grund gehabt, dass eben diese Absicht präsumiert worden sei.

Richtig ist allerdings, dass die §§ 39 und 247, wenn sie auch in nahen Beziehungen zu einander stehen, gesondert zu betrachten sind und dass nur ersterer die Kompetenznorm enthält, allein Renaud scheint den nahen Zusammenhang beider Paragraphen zu verkennen und der Birkmeyer'schen Judikationstheorie in die Arme zu treiben, indem er [1]) sagt, ein zuständiges Gericht und ein unzuständiges, dessen Unzuständigkeit vom Beklagten nicht mehr geltend gemacht werden könne, seien zwei verschiedene Dinge.

Aber wann soll dann ein Gericht, vor dem der Beklagte erschienen ist und einwandlos zur Hauptsache verhandelt hat, nach § 39 zuständig sein und wann nach § 247 unzuständig bleiben, aber so, dass diese Unzuständigkeit nicht mehr gerügt werden kann? Unmöglich können doch Zuständigkeit und Unzuständigkeit neben einander bestehen, da erstere die letztere absorbiert. Meint aber Renaud mit seinen Deduktionen nur, dass das negative Moment der Präklusion nicht imstande sei, Kompetenz zu begründen, so wird diese Behauptung bei Besprechung des gleichen von Fitting erhobenen Einwandes ihre Berücksichtigung finden.

Was ferner die Behauptung Renaud's anlangt, Bülow verlange Klageerhebung vor einem unzuständigen Gerichte mit dem Bewusstsein dieser Unzuständigkeit und der Absicht, dasselbe hierdurch zuständig werden zu lassen, so geht dies aus Bülow's Ausführungen nirgends hervor, sondern letzterer verlangt gleicherweise wie Wach blos das Faktum der Klageerhebung bei einem unzuständigen Gerichte ohne Willen und Wissen bezüglich dieser Unzuständigkeit. Hätte Bülow wirklich jene ihm von Renaud imputierte Ansicht, so wäre er auch die Antwort auf die praktisch jedenfalls wichtigere Frage schuldig geblieben, wie es zu halten sei, wenn der Kläger irrtümlicherweise bei einem un-

[1]) A. a. O. S. 17 zu N. 27.

zuständigen Gericht, welches er für zuständig hielt, geklagt habe.

Dass aber die Kompetenz eines an sich unzuständigen Gerichts durch Klageerhebung und Klageeinlassung begründet werde, wenn auch beiden Teilen der Prorogationswillen mangelt, kann doch wohl nicht als ein ganz äusserliches und bedenkliches Prinzip angesehen werden; rein formell ist es allerdings, aber die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben mögen, sind doch zu gute, als dass man ihm wegen dieses rein formellen Prinzips einen Vorwurf machen könnte. Die prozessuale Zweckmässigkeit und die Abschneidung schwieriger Untersuchungen sind hierfür vollständig ausreichend. Uebrigens ist dies Prinzip auch dem gemeinen Prozess durchaus nicht unbekannt gewesen und wenn man früher den Willen der Parteien präsumierte, so war dies bereits damals nicht zutreffend.

Dies alles kann demnach das Präklusionsprinzip nicht widerlegen, wohl aber ist es ein anderer, von Fitting[1]) und nachher auch von Birkmeyer[2]) geltend gemachter Umstand, der wohl geeignet erscheint, dasselbe zu entkräften.

Fitting führt aus, dass schon nach dem Kausalgesetze durch die blosse Unterlassung eines positiven Eingreifens eine positive Wirkung nicht hervorgerufen und etwas noch nicht Vorhandenes nicht geschaffen werden könne. Es müsse daher, wo es dennoch diesen Anschein gewinne, in Wahrheit immer ein anderer positiver Faktor bestehen, der die eigentlich wirkende Ursache des eintretenden Erfolges werde, und jene Unterlassung komme nur insofern in Betracht, als wegen derselben die Wirksamkeit dieses Faktors nicht durch die Gegenwirkung eines anderen positiven Momentes gehemmt und vereitelt werde; es sei hiernach unmöglich, dass das an sich unzuständige Gericht einfach dadurch, dass der Beklagte, gleichviel aus welchem Grunde, die Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede versäume und damit sein Ablehnungsrecht verliere, die Zuständigkeit erhalte.

---

[1]) A. a. O. S. 243.

[2]) In seiner Monographie S. 4 ff. und in Busch V S. 151 ff.

Ausserdem aber könne die Präklusion, wie schon Renaud bemerkt hat, nur in Verbindung mit der Klageerhebung wirken und sei schon aus diesem Grunde die Bezeichnung Präklusionsprinzip nicht genau; auch fehle es an einem ursächlichen Zusammenhange zwischen Klageerhebung und Zuständigkeit, wenn erstere irrtümlich bezüglich letzterer bewirkt worden sei.

Dies Alles ist schon oben aufgeführt, musste aber hier der Vollständigkeit wegen wiederholt werden. Ob Renaud dasselbe im Sinne hatte, wenn er sagt, Präklusion könne nie Zuständigkeit bewirken, entzieht sich mangels Angabe von Gründen für diese Behauptung der Beurteilung.

Wenn nunmehr Fitting zu der Regel kommt, die Zuständigkeit, welche der Beklagte anzufechten durch seine Einlassung zur Hauptsache das Recht verwirke, sei, soweit Prorogation zulässig, bereits vorher vorhanden, da sich nirgends die Entstehung derselben begründen lasse, so hat er sich zu dieser Ansicht durch die Widerlegung des Präklusionsprinzips verleiten lassen. Allein dieser Standpunkt hat, so scharfsinnig er ausgedacht ist und von Fitting verteidigt wird, mit Ausnahme von Schwalbach [1]), welcher denselben ohne Angabe von Gründen dafür und ohne Widerlegung der dagegen sprechenden als den allein möglichen bezeichnet hat, nirgends Anhänger gefunden und Fitting muss selbst zugeben, dass derselbe mit der Ausdrucksweise der C.-P.-O. und den Aeusserungen der Motive im Widerspruch steht. Letzteren Umstand kann man gewiss nicht allein damit erklären, dass man dem Gesetzgeber vorwirft, er hätte sich von den überlieferten Vorstellungen nicht genugsam loszureissen vermocht und von dem neuen Grundprinzipe ohne klares Bewusstsein rein instinktiv leiten lassen. Wenn es auch richtig ist, was Fitting weiter zur Verteidigung seiner Ansicht ausführt, dass die Motive kein Gesetz und dass beim Streit zwischen Ausdruck und Inhalt des Gesetzes letzterer vorgehen müsse, so kann man doch unmöglich annehmen, dass der Gesetzgeber an unzähligen Stellen

---

[1]) Archiv für civ. Praxis LXIV S. 258 N. 4.

gerade immer genau das Gegenteil von dem, was er eigentlich sagen wollte, gesagt hat.

Uebrigens drängt weder die Unhaltbarkeit des Präklusionsprinzips mit Notwendigkeit zu dem generellen Kompetenzprinzipe, noch streiten Inhalt und Ausdruck des Gesetzes in unvereinbarer Weise miteinander[1].

Endlich aber ist auch die weitere Argumentation Fitting's nicht durchschlagend. Er sagt, da die Gerichte Staatsorgane seien, so könne auch nur der Staat ihre Thätigkeit begrenzen; es sei undenkbar, dass ein Gericht eine ihm vom Staate abgesprochene Zuständigkeit von den Parteien empfangen könne, da dies den Parteiwillen über denjenigen des Staates setzen heisse. Allerdings kann das öffentliche Recht der Privatdisposition der Parteien nur insoweit überlassen sein, als es eben dieses öffentliche Recht durch ausdrückliche Bestimmung erlaubt, aber dies ist eben in §§ 38 ff. der Fall.

Es erübrigt, die oben dargestellte Auffassung Birkmeyer's einer kurzen Kritik zu unterziehen.

Er selbst stellt die beiden nächstliegenden Einwände auf und sucht dieselben zu widerlegen; es sind dies die folgenden:

1. Die Judikationsbefugnis des unzuständigen Richters sei mit Zuständigkeit begrifflich identisch, und
2. seine Theorie sei praktisch wertlos.

Aber die Einwände scheinen begründeter als Birkmeyer's Widerlegung derselben. Er sagt, der Unterschied zwischen Judikationsbefugnis und Zuständigkeit liege in dem treibenden Gedanken, welcher der einen und der anderen zugrunde liege, indem diese auf dem Interesse der Parteien, jene auf der Zweckmässigkeit beruhe, sodann in den Thatbeständen, auf welche beide Begriffe vom Gesetz angewandt seien, indem diese eine nach den abstrakten Eigenschaften der zu erledigenden Streitsache normierte Qualität des Richters sei, jene nach der konkreten Lage des einzelnen Prozesses sich bestimme, und endlich in dem Verhältnis der beiden Begriffe zu dem einzelnen Rechtsstreit, indem jene dem Richter die Befugnis zu rechtmässigem Handeln erst durch Einlassung des Beklagten erteile, alle voraus-

[1] So auch Renand a. a. O. S. 32.

gegangenen Handlungen daher als von ihm unbefugt vorgenommen nicht konvaleszieren könnten, während der Eintritt der Zuständigkeit rückwirkende Kraft haben müsse.

Praktisch wertlos sei seine Theorie insofern nicht, als dem Richter, der nach § 39 nur Judikationsbefugnis habe, alle diejenigen Befugnisse versagt seien, die ausdrücklich einem zuständigen Richter attribuiert seien, z. B. das Recht der Zuständigkeit für eine Widerklage, und als ferner bei rechtlicher oder thatsächlicher Verhinderung des nach § 39 judizierenden Richters nicht das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht ein anderes Gericht zur Entscheidung der Sache bestimmen dürfe, da nach § 36 Z. 1 dies nur im Falle der Verhinderung eines zuständigen Gerichts der Fall sein soll.

Aber die zur Widerlegung seines ersten Einwandes angeführten 2 ersten Punkte mögen wohl richtig sein, allein sie sind auch richtig, wenn man dem Richter, vor dem die Parteien einwandlos zur Hauptsache verhandeln, Zuständigkeit beilegt; der dritte Punkt bezüglich der rückwirkenden Kraft erscheint dagegen als eine unbewiesene Behauptung, würde sich übrigens bewiesenen Falls als ein praktischer Unterschied darstellen und gilt daher das gegen seine Widerlegung des zweiten Einwandes Gesagte auch gegen ihn.

Hiergegen aber spricht Folgendes:

Wenn die Parteien imfalle möglicher Prorogation vor einem unzuständigen Richter erscheinen und verhandeln, so ist es denkbar, dass dieselben eine wirkliche Vereinbarung zur Begründung der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts eingegangen haben, oder dass dieselben beide oder eine von ihnen irrtümlicherweise in die Verhandlung vor diesem Gericht eingetreten sind. Im ersteren Falle aber wird der Richter nach § 38 zuständig, im anderen entsteht nach § 39 Zuständigkeit, oder, um mit Birkmeyer zu reden, der Richter wird trotz seiner Unzuständigkeit befugt und verpflichtet, zu verhandeln und zu entscheiden.

Erscheinen also zwei Parteien und verhandeln einwandlos zur Hauptsache, ohne von einer etwaigen Prorogationsvereinbarung etwas zu erwähnen, so wird der Richter nie wissen können, ob er zuständig oder nur

judikationsbefugt ist und es fällt aus diesem Grunde der angebliche praktische Unterschied hinweg, der begrifflich ist, aber nicht erkennbar.

Angenommen übrigens, die praktischen Unterschiede, die Birkmeyer auf Grund seiner eine petitio principii bildenden Ansicht aufstellt, existierten, so wäre hiermit ein unerträglicher Zustand geschaffen, da gar nicht einzusehen wäre, warum im Falle der Judikationsbefugnis die gesetzlichen Kompetenznormen über die Zuständigkeit für die Widerklage und für die Bestimmung eines Gerichts imfalle der Verhinderung des zuerst angegangenen nicht zur Anwendung kommen sollten oder warum für diesen Fall anderweite gesetzliche Vorschriften nicht gegeben sind.

Aber nehmen wir ferner noch einmal an, der Richter wüsste, dass die Parteien im Irrtum befangen ihn angegangen hätten und dass er also nur judikationsbefugt wäre, so stehen ihm nach den Ausführungen Birkmeyer's diejenigen Rechte und Pflichten nicht zu, die das Gesetz expressis verbis dem zuständigen Richter attribuiert hat, während ihm im Gegensatz hierzu nur diejenigen Befugnisse zustehen, die das Gesetz nicht dem zuständigen Richter als solchen, sondern demjenigen, bei dem eine Streitsache anhängig war, verleiht. Diese letzteren Fälle findet Birkmeyer z. B. in den §§ 61, 98, 547, 662, 774, 778. Liest man aber diese Paragraphen nach, so findet man sehr bald, dass der Gesetzgeber hier ganz besondere Gründe hatte, nicht von dem „zuständigen" Richter zu sprechen: In den §§ 98, 662, 774, 778 nämlich würde der „zuständige" Richter, da eine Sache in mehreren Instanzen anhängig war, ein unverständlicher und ungenauer Ausdruck sein und es ist die Bezeichnung des Gerichts „erster Instanz" aus diesem Grunde erforderlich; ebenso würde im Falle des § 61 das Wort „zuständig" zu Zweifeln Veranlassung geben, da dies mehrere Gerichte erster Instanz sein können; § 547 spricht aber direkt gegen Birkmeyer, denn, wenn hier gesagt ist, dass für die Wiederaufnahme des Verfahrens ausschliesslich dasjenige Gericht zuständig sein soll, welches in erster Instanz erkannt hat, so konnte das Wort „zuständig" nicht nochmals verwertet werden, da mehrere Gerichte erster Instanz

zuständig gewesen sein können, aber nur ein bestimmtes mit dem Rechtsstreit befasst gewesen sein kann. Ausserdem aber würde die Wiederaufnahme des Verfahrens nach der Theorie Birkmeyer's einen neuen Kompetenzgrund bilden, da hierdurch ein unzuständiges Gericht zuständig würde.

Wollte Birkmeyer replicando geltend machen, der Richter könne sich in Ausübung seines Fragerechts vergewissern, ob die Parteien einen übereinstimmenden Prorogationswillen hätten, so würde er hiermit dem Richter die amtliche Berücksichtigung eines Umstandes auferlegen, der durch das Gesetz selbst lediglich der Parteidisposition überlassen ist. Ausserdem aber würde der Richter einerseits durch seine diesbezüglichen Fragen in allen Fällen eine ausdrückliche Vereinbarung über die Zuständigkeit provozieren, oder andrerseits entgegen der Vorschrift des § 465 Abs. 2 C.-P.-O. auch im Anwaltsprozess und im Falle örtlicher Unzuständigkeit auf diese aufmerksam machen. Der Richter hätte dann aber auch regelmässig zu prüfen, ob er an sich schon zuständig ist oder nicht und hierdurch würde der durch § 39 beabsichtigte Vorteil gänzlich illusorisch.

Auch würde die Theorie Birkmeyer's, der doch nach seinen eigenen Worten das Gesetzbuch vor dem Vorwurf eines Widerspruchs schützen will, wenn sie bewiesen wäre, den Beweis liefern, dass der Gesetzgeber unbewusstermassen sehr erhebliche Unterschiede statuierte. Oder will Birkmeyer vielleicht behaupten, der Gesetzgeber habe absichtlich keine Bestimmung getroffen, wer das zuständige Gericht bestimmen solle, wenn der „judikationsbefugte Richter" verhindert sei, und ohne triftigen Grund dem letztgenannten das Recht zur Entscheidung der Widerklage verweigert? Wollte er replizieren, im ersteren Falle sei die Bestimmung eines Gerichts unnötig, da ein zuständiges Gericht noch vorhanden sei, welches die Parteien nunmehr angehen könnten. Aber wenn im Falle des § 38 ein Gericht verhindert ist, existiert doch das an sich zuständige Gericht auch noch, wenn die Parteien durch den Prorogationsvertrag nicht einen ausschliesslichen Gerichtsstand schaffen wollten. Trotzdem wird auch in diesem Falle ein anderes Gericht zu bestimmen sein, wie über-

haupt die Vorschrift des § 36 Z. 1 nicht die Einschränkung enthält, dass sie nur in Kraft trete, wenn kein anderes Gericht mehr für die konkrete Streitsache zuständig sei. Birkmeyer wird vielleicht weiter replizieren, der judikationsbefugte Richter sei vom Gesetz deshalb nicht zur Widerklage für zuständig erklärt worden, da seine Befugnis sich nur auf den konkreten Rechtstreit erstrecke; aber trotzdem hat das Gesetz in § 547 ihm doch bezüglich der Wiederaufnahme des Verfahrens Zuständigkeit gegeben und die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage sind doch auch besondere Rechtsstreitigkeiten. Es würde doch auch eine erhebliche praktische Unzuträglichkeit involvieren und dem Prinzip der Widerklage direkt widersprechen, wenn sie im Falle des Thatbestandes des § 39 ausgeschlossen sein sollte.

Sonach scheint die Birkmeyer'sche Ansicht von allen am wenigsten haltbar zu sein; sie krankt an der prinzipiellen Unrichtigkeit, dass er in § 39 die Fiktion der Zuständigkeit, anstatt die Fiktion des Grundes der Zuständigkeit erblickt, welch' letztere die Zuständigkeit selbst schafft und nicht nur fingiert[1]).

Dagegen scheinen die späteren Ausführungen Wach's[2]) das allein Richtige zu treffen.

Schon das gemeine Recht nahm, wie oben gezeigt, vielfach eine Prorogation an, wo es an einem Prorogationswillen fehlte und die Partikulargesetzgebungen betraten denselben Weg. Es liegt also nichts näher, als dass der Gesetzgeber gar nicht im Sinne hatte, in § 39 eine praesumtio juris aufzustellen, vielmehr in vollem Bewusstsein davon, dass der Wille der Parteien oder eines Teils von ihnen, insbesondere des Beklagten, nicht auf Prorogation ging, die Zuständigkeit eintreten lassen wollte durch die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten auf die Klage vor einem unzuständigen, aber prorogierbaren Gericht. Wäre dies nicht der Gedankengang des Gesetzgebers gewesen, so würde er in § 39 etwas sehr Ueberflüssiges gesagt haben, da eine wirk-

[1]) So auch Wach im Handbuch § 43 N. 43 S. 506, woselbst auch weitere treffende Argumente gegen Birkmeyer geltend gemacht sind.

[2]) Handbuch a. a. O.

liche stillschweigende Vereinbarung bereits in § 38 als kompetenzbegründendes Moment anerkannt war; hätte er aber nur ein Beispiel für die Dokumentierung einer stillschweigenden Vereinbarung geben wollen, so hätte er es gewiss in § 38 angeführt und nicht einen besonderen Paragraphen damit ausgefüllt.

Von diesem Standpunkt aus möchte aber auch die Annahme gerechtfertigt sein, dass der Gesetzgeber nicht eine praesumtio juris et de jure, sondern eine Fiktion aufstellen wollte, denn der Thatbestand des § 39 ist nur dann gegeben, wenn ein übereinstimmender Prorogationswillen der Parteien nicht vorhanden ist. War diese Willensübereinstimmung vorhanden, und die Parteien verhandelten, ohne dass der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit vorschützte, vor einem unzuständigen, aber prorogierbaren Gericht zur Hauptsache, so tritt die Zuständigkeit, wenn auch äusserlich nicht erkennbar, auf Grund des § 38 ein; nur also, wenn jener Wille gänzlich oder auf einer Seite fehlte, wenn also keine Willensübereinstimmung hinsichtlich der Prorogation vorhanden war, hat der § 39 seinen guten Zweck. Die Zuständigkeit tritt ein, als ob der Wille der Parteien dies gewollt hätte, obwohl er es nicht ist, welcher diese Wirkung herbeiführt.

Warum aber ignoriert der § 39 gänzlich das Fehlen des Prorogationswillens, warum erklärt er jeden Irrtum für irrelevant?

Ein staatliches Interesse an einer festen Kompetenzregelung ist heutzutage kaum vorhanden; wo es vorhanden ist, hat der Gesetzgeber ausschliessliche (unprorogierbare) Gerichtstände aufgestellt. Wenn der Staat den Parteien in § 38 die Möglichkeit gab, durch ihren Willen die sachliche und örtliche Zuständigkeitsordnung zu verschieben, so bewies er, dass er sein allenfallsiges Interesse demjenigen der Parteien unterordnete, und er begab sich absichtlich des Rechts der Untersuchung über vorhandenen und nicht vorhandenen Prorogationswillen, wenn der Kläger ein unzuständiges Gericht anging und der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit rechtzeitig zu rügen, sich auf die Klage einlässt, da es auch im Falle des § 39 dem Staat mehr darauf ankommt, einen Rechtsstreit da, wo er anhängig wurde, zur Ent-

scheidung zu bringen, als darauf zu bestehen, dass die gesetzlichen Vorschriften über sachliche Zuständigkeit oder Gerichtstand gewahrt werden.

Man könnte hiergegen einwenden, die Interessen der Parteien wenigstens beanspruchten eine strenge Aufrechterhaltung der Kompetenznormen, soweit nicht ihr Wille das Gegenteil ergebe.

Dem ist aber nicht so. Das materielle Recht bleibt ja für den Prozess immer ein feststehender Faktor und bei der heutigen Verfassung der staatlichen Gerichtsbarkeit sind alle Gerichte erster Instanz (und nur diese kommen ja hier in Betracht) gleichwertig oder werden als gleichwertig angesehen, sodass es den Parteien ruhig überlassen werden konnte, ihre anderweitigen Interessen, nur vor einem legalzuständigen klagen bezw. verklagt werden zu können, selbst zu wahren. Nirgends mehr wie hier gilt der Grundsatz „vigilantibus jura sunt scripta“ und es kommt hinzu, dass das prozessualische Verfahren in der Mehrheit der Fälle die Vertretung durch Rechtsanwälte fordert, dass auch vor den Amtsgerichten vielfach freiwillig eine Bestellung eines rechtsgelehrten Vertreters erfolgt und dass überdies in § 465 C.-P.-O. der Beklagte bei sachlicher Unzuständigkeit des Amtsgerichts auf diesen Umstand vor dem Eintritt der Prorogation nach § 39 aufmerksam gemacht werden muss. Hierdurch erlangt gleichzeitig der Kläger von diesem Umstande Kenntnis, wenn er ihn vorher nicht gekannt haben sollte, und er hat jetzt noch nach § 243 C.-P.-O. Zeit, die Klage fallen zu lassen.

Schützt der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede wegen sachlicher Inkompetenz vor, so hat der Kläger überdies noch die Möglichkeit, einer Klagabweisung durch einen Antrag auf Verweisung der Sache an das zuständige Landgericht bezw. Amtsgericht zu entgehen[1]).

Anders liegen allerdings die Verhältnisse bei Verletzung der Vorschriften über den Gerichtstand, denn hier findet auch im Parteiprozess keine richterliche Belehrung statt; allein hier ist das Parteiinteresse auch noch unbedeutender, da es sich hier um die Substitution eines koordinierten Richters und nicht um eine Ver-

[1]) cf. § 466, 249 C.-P.-O.

schiebung des ganzen Instanzenzuges handelt. Ist der Kläger nicht von einem Anwalt vertreten, so wird er gewiss kein Amtsgericht (und nur um ein solches kann es sich handeln) angehen, welches ihm unbequem ist, und der Beklagte kann, wenn ihm die Klage eine Reise ausserhalb des Amtsgerichtsbezirks seines Domizils zumutet, sich mit leichter Mühe erkundigen, ob er dazu verpflichtet ist, und kann verneinendenfalls durch jede prozessfähige Person die Unzuständigkeitseinrede vorschützen, oder auch, was weiter unten[1]) bewiesen werden wird, ruhig zu Hause bleiben. Versäumt er aber die Einziehung einer Rechtsbelehrung, so hat er sich selbst zuzuschreiben, wenn er vor einem ihm unbequemen Gericht zur Hauptsache verhandelt und demselben hierdurch eine Zuständigkeit schafft, welche es vorher entbehrte.

Die hier vertretene Ansicht geht also dahin, dass § 39 C.-P.-O. nicht von einem wirklichen übereinstimmenden Prorogationswillen der Parteien spricht, sei es nun, dass ein solcher Wille auf beiden Seiten oder auf einer Seite nicht vorhanden war oder dass ein solcher Wille zwar vorhanden, aber durch Irrtum, Zwang oder Betrug fehlerhaft war. Denn das kompetenzbegründende Moment ist eben die Klageerhebung und die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache, wodurch gerade deshalb, weil nunmehr die Kompetenz des vorher unzuständigen Gerichts vorhanden ist, die Unzuständigkeitseinrede ausgeschlossen wird und nicht, auch nicht im amtsgerichtlichen Prozess, nachgebracht werden kann[2]).

Das Gesetz hat trotz nicht vorhandener Vereinbarung

---

[1]) Sub B.

[2]) cf. § 247 Abs. 1 u. 465 Abs. 1 C.-P.-O. — War das angegangene Gericht schon vorher zuständig, die Parteien wussten dies aber nicht, sondern es lag auf beiden Seiten Prorogationswillen vor, so tritt natürlich ebensowenig nach § 38 Zuständigkeit ein, wie wenn der Prorogationswille nur auf einer Seite vorhanden war, gänzlich fehlte oder durch Betrug etc. beeinflusst war und die Parteien nach § 39 (der Beklagte vorbehaltlos) zur Hauptsache verhandelten. Wohl aber kann, wie hier beiläufig bemerkt werden soll, ein Prorogationsvertrag auf ein an und für sich zuständiges Gericht den Zweck haben, konkurrierende Gerichtstände auszuschliessen.

die vorgedachte Kompetenzbegründung in die Fiktion einer Vereinbarung gekleidet und will es so angesehen haben, als ob eine wirkliche Vereinbarung vorliege.

Die Annahme einer Fiktion schliesst nun allerdings noch nicht unbedingt die Möglichkeit des Nachbringens der Unzuständigkeitseinrede aus; § 247 Abs. 3 sagt ja ausdrücklich, dass prozesshindernde Einreden, zu welchen auch die vorgedachte zählt, abgesehen vom Falle ihrer Unverzichtbarkeit nur dann nachgebracht werden können, wenn der Beklagte glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden nicht imstande war, dieselben vor Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen, und in der That hat sich die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller für die Zulässigkeit einer derartigen Nachbringung entschieden[1]).

Für die gegenteilige Meinung kann man sich nicht darauf berufen, dass eine Fiktion einen Gegenbeweis ausschliesse[2]), das Gesetz kann recht wohl einen solchen in beschränktem Masse gestatten, und es kassiert eben diesesfalls die Fiktion[3]). Das ausschlaggebende Moment für die Versagung nachträglicher Vorschützung der Unzuständigkeitseinrede möchte vielmehr sein, dass in § 39 ausdrücklich die Begründung der Zuständigkeit an die Klageerhebung und die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten geknüpft ist und damit ist die Einrede der Unzuständigkeit gegenstandslos geworden[4]).

[1]) So Wach in seinen älteren Abhandlungen, Fitting a. a. O., Birkmeyer, v. Amsberg, Just S. 273, Plank a. a. O. S. 23 N. 25 S. 92. Renaud S. 39, Francke in Busch V S. 470ff., Deybeck S. 171, Kraus S. 62 und die Kommentare von Gaupp, B. I S. 127, B. II S. 64. Wilmowsky u. Levy, II. Aufl. S. 64 u. 322. Struckmann u. Koch, III. Aufl. S. 30.

[2]) So Seuffert C.-P.-O. I. Aufl. S. 283, 284 N. 3.

[3]) So Deybeck, welcher S. 171 sagt: „Wo an die vorbehaltlose Einlassung noch nicht die Fiktion der Vereinbarung geknüpft ist, da ist auch noch nicht Zuständigkeit eingetreten. In einem solchen Falle darf der Richter allerdings fortjudizieren, gelingt aber dem Beklagten, später glaubhaft zu machen, dass er ohne sein Verschulden nicht imstande gewesen sei, dieselbe vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen, so zeigt sich eben ex post, dass die Zuständigkeit noch nicht eingetreten ist."

[4]) So auch Bülow im Archiv LXII S. 42 Anm. 38, Wach, Handbuch S. 507, Kohler im Archiv f. civ. Praxis LXX S. 214, Petersen in Busch III S. 250.

Mehrfach, wenn auch nur beiläufig, wurde betont, dass Klageerhebung und vorbehaltloses Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache nach § 39, ebenso wie die wirkliche Konsensporogation nach § 38 nur dann einem unzuständigen Gericht Zuständigkeit verleihen, wenn der Rechtsstreit vermögensrechtliche Ansprüche betrifft und wenn für die Klage kein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist[1]).

Hieraus ergeben sich aber auch sogleich die leitenden Prinzipien einer Prüfung der Zuständigkeit eines Gerichts durch dasselbe.

Erscheinen zwei Parteien vor Gericht und verhandeln vorbehaltlos zur Hauptsache, so hat der Richter nur zu prüfen, ob die Prorogation auf Grund des § 40 nicht unzulässig ist.

Zum Zwecke dieser Prüfung kann der Richter, da es sich hier um einen von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstand handelt, seine eigene Wissenschaft benützen oder durch Ausübung seines Fragerechts nach § 130 Abs. 2 C.-P.-O. und durch das Verlangen von Nachweisen sich Gewissheit bezüglich der ihm zweifelhaften Kompetenz verschaffen, auch eine förmliche Beweisaufnahme anordnen.

Findet er, dass er absolut unzuständig ist, so hat er die Klage „von hier" abzuweisen, gleichzeitig aber auch dieselbe in dem Falle, dass die Abweisung auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit erfolgte, nach den §§ 249 und resp. 466 C.-P.-O. auf diesbezüglichen klägerischen Antrag an das sachlich zuständige Gericht zu verweisen.

Vermag der Kläger die vom Gericht wegen des von amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung auf an ihn gerichtete Fragen nicht zu beschaffen, so wird Vertagung der Verhandlung eintreten müssen, wenn sich nicht bereits jetzt die Abweisung der Klage rechtfertigt.

Findet der Richter dagegen, dass ein Fall absoluter Unzuständigkeit nicht vorliegt, so ist er der Frage, ob er nach den allgemeinen Kompetenzregeln oder den besonderen der §§ 38 und 39 zuständig ist, überhoben.

[1]) cf. oben § 1.

Der Rechtsgrund des § 39, die prozessualische Zweckmässigkeit, berechtigt ihn hierzu nicht nur, sondern verpflichtet ihn sogar dazu, der Kompetenzfrage nicht näher zu treten. Er hat also insbesondere auch dann, wenn aus dem Klagevortrag offensichtlicher Irrtum bezüglich der Kompetenz hervorgeht, wenn z. B. der Kläger kompetenzbegründende Thatsachen vorträgt, die ihrer rechtlichen Qualität nach nie imstande sind, nach den allgemeinen Kompetenzgrundsätzen das angegangene Gericht zuständig zu machen, und wenn sich der Beklagte aus demselben oder einem anderen offenbaren Irrtume in die Verhandlung zur Hauptsache eingelassen hat, die Parteien hierauf nicht aufmerksam zu machen, aber auch vor Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache wird er, hingesehen auf das Prinzip des § 39 und abgesehen von der ausdrücklichen mehrbesprochenen Ausnahmebestimmung des § 465 Abs. 2 nicht das Recht haben, den Kläger über etwaige Irrtümer aufzuklären, oder den Beklagten auch auf seine örtliche Unzuständigkeit im allgemeinen oder auf seine sachliche Unzuständigkeit im Anwaltsprozess aufmerksam zu machen.

Er ist zuständig, sobald die Parteien vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelt haben.

B.

Die Bedeutung des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten für die Zuständigkeit des Gerichts.

§ 13.

Die gemeinrechtliche Lehre und die Partikulargesetze.

Es ist bereits in § 4 am Ende darauf hingewiesen worden, dass im gemeinen Recht sehr bald die Kontroverse auftauchte, ob im Nichterscheinen des Beklagten im Verhandlungstermin eine Kompetenzbegründung liege.

Unter Ausserachtlassung aller Details lassen sich zwei Hauptmeinungen unterscheiden:

Die eine lehrt, die Prorogation sei auf den Moment der litiscontestatio gestellt; das Ausbleiben des Beklagten sei für den Erstreckungswillen nicht konklu-

dent[1]); im Falle des beklagtischen Ausbleibens werde die litiscontestatio nicht fingiert[2]), damit trete also auch keine Prorogation ein[3]).

Die andere Ansicht liess die Prorogation nicht durch die Vereinbarung der Parteien, sondern durch die Verschweigung der Unzuständigkeitseinrede entstehen und kam zu dem logischen Schluss, auch beim Nichterscheinen des Beklagten finde die Präklusion mit der genannten Einrede statt und die Folge sei die eintretende Zuständigkeit[4]).

Von dem in § 12 eingenommenen Standpunkte aus, nach welchem nicht die Präklusion, sondern nur die wirkliche und nicht etwa fingiert im gemeinen Recht gar nicht anzunehmende Streiteinlassung die Zuständigkeit verleiht, möchte der ersteren Ansicht der Vorzug zu geben sein, zumal da der Beklagte gar keine Pflicht hat, der Ladung eines unzuständigen Richters Folge zu leisten, die Kompetenz des angegangenen Richters also die Voraussetzung für die Präklusion mit der Unzuständigkeitseinrede bildet[5]).

Die Gesetzgebung der deutschen Staaten folgt denn auch in überwiegender Mehrheit dem Prinzipe, dass beim Ausbleiben des Beklagten keine Prorogation anzunehmen sei, nur die hannoverische Prozessordnung vom 8. November 1850[6]) stellte den Satz auf, dass nicht nur die Vereinbarung, sondern auch die Präklusion mit der Unzuständigkeitseinrede kompetenzbegründend wirke und lässt die Präklusion der genannten Einrede eintreten, wenn der Beklagte sie nicht oder nicht rechtzeitig vorschützt.

Es wurde schon oben[7]) darauf hingewiesen, dass der Verfasser und Bearbeiter dieses Gesetzes, Leonhardt,

---

1) cf. Wetzel Ed. 3 S. 478/79.
2) cf. Bülow im Archiv für civ. Praxis LXII S. 14 f.
3) cf. Bolgiano in Grünhut XII S. 594 N. o. Deybeck S. 194—197.
4) Wach im Archiv für civ. Praxis LXII S. 38 und die von Bolgiano a. a. O. Zitierten (Schmid, Bayer, Renaud). — Kraus § 31 S. 42, 43 lässt selbst vom Standpunkte des Präklusionsprinzips im gemeinen Recht Prorogation nicht eintreten.
5) So Brackenhöft, Erört. S. 266 N. 6.
6) cf. oben § 5.
7) cf. oben § 5.

geradezu aussprach, auch der ausbleibende Beklagte verliere durch die vorstehende Gesetzesbestimmung die Unzuständigkeitseinrede, letztere wurde damit präkludiert und das Gericht somit im Versäumnisfalle zuständig [1]).

Man mag in dem allegierten Gesetz den letzteren Satz finden oder nicht, so ist doch nicht zu verkennen, dass auch ersteres eine gänzlich andere Wortfassung hat als der § 39 C.-P.-O., sodass dasselbe für die Entscheidung der Frage nach geltendem Recht kein Präjudiz bildet.

§ 14.

Das geltende Recht.

Es ist klar, dass diejenigen, welche in § 39 C.-P.-O. die Kompetenz nur aus dem Verschweigen der Unzuständigkeitseinrede herleiten, ebenso wie diejenigen, welche alle Gerichte erster Instanz — mit den aus § 40 C.-P.-O. sich ergebenden Beschränkungen — generell für zuständig ansehen und dem Beklagten nur ein Ablehnungsrecht geben wollen, im Falle des Ausbleibens des Beklagten dem Richter die Befugnis attribuieren müssen, ein Versäumnisurteil zu erlassen [2]); während umgekehrt diejenigen, welche auf dem Standpunkte stehen, dass nur die Vereinbarung und die fingierte Vereinbarung im Falle des einwandlosen Verhandelns des Beklagten zur Hauptsache die bis dahin fehlende Kompetenz zu verleihen imstande sei, den unzuständigen Richter nach wie vor als unzuständig ansehen müssen.

In § 12 ist nachzuweisen versucht, dass das Gesetz entweder wirkliche Vereinbarung nach § 38 oder Klageerhebung und einwandloses mündliches Verhandeln zur Hauptsache nach § 39 zur Kompetenzbegründung verlangt; dies heisst aber, das Gericht werde im Falle

[1]) cf. v. Amsberg Archiv XLV S. 62 unter Berufung auf Leonhardt, die Justizgesetzgebung des Königreich Hannover II S. 28 N. 1 (4. Aufl.) und die von Deybeck S. 119 N. 1 Zitierten.

[2]) Anderer Meinung Bülow, Archiv, B. XLII 32 Anm. 20; gegen ihn Birkmeyer „Gegens. Verhältnis" S. 73, Fitting in Busch, B. VI S. 289 Anm. 13. Bülow's wird im Resultat geteilt von Seuffert Comm. VII. Aufl. § 39 N. 3 S. 56. Just, Archiv, B. LXVIII S. 304/05.

zulässiger Prorogation dadurch zuständig, dass sich die Parteien bewusster oder unbewusster Weise ihm thatsächlich unterworfen haben oder mit anderen Worten, dass kein Streitteil vor Verhandlung zur Hauptsache sein Interesse dahin geltend gemacht habe, lieber das nach den allgemeinen Kompetenzregeln zuständige Gericht mit Entscheidung des konkreten Rechtstreites zu betrauen.

Dies ist aber nicht nur rein zeitlich, sondern auch ursächlich an das Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache geknüpft worden und man wird daher unbedenklich durch ein argumentum e contrario annehmen müssen, dass durch andere Thatbestände als das einwandlose Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache das an sich unzuständige Gericht nicht zuständig werde. Hierauf weisen nicht nur die klaren Worte des Gesetzes hin, sondern insbesondere die Entstehungsgeschichte des § 39; man wählte die Worte „zur Hauptsache mündlich verhandelt" in der wohlbewussten Absicht, um hierdurch für den Fall des Ausbleibens des Beklagten die Zuständigkeit nicht zu begründen, und unterliess eine diesbezügliche besondere Bestimmung nur deshalb, weil man dies für überflüssig erachtete. Die Worte der Motive sprechen dies zweifellos aus; sie sagen:

> „Wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor einem unzuständigen Gericht zur Hauptsache mündlich verhandelt, so ist die Annahme gerechtfertigt, dass er sich diesem Gerichte freiwillig unterwerfe. Das bestimmt der Entwurf nicht, dass stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, denn aus der Thatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern."

Es ist sonach unzweifelhaft, dass § 39 eine höchst singuläre Bestimmung trifft und schon aus diesem Grunde dessen strikte Interpretation geboten ist.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Motive an anderer Stelle den Thatbestand des § 39 einen „besonderen Fall" stillschweigender Vereinbarung nennen, denn § 39 handelt, wie in § 12 gezeigt, über-

haupt nicht von einer Vereinbarung, sondern nur von der Fiktion einer solchen, folglich kann er auch nicht einen besonderen Fall von Vereinbarung aufstellen.

Mit der hier aufgestellten Meinung stimmen im Resultat die meisten der oben angeführten Schriftsteller überein, nur Wach in seinen älteren Abhandlungen [1]) und Fitting sind anlässlich ihres oben klargestellten Grundprinzips gegenteiliger Ansicht: allein sind schon ihre Grundanschauungen unhaltbar, so kommt noch hinzu, dass selbst im Falle der Richtigkeit derselben ihre Schlüsse nicht bedingungslos zulässig sind.

Wenn Wach nämlich sagt, da im Falle des § 39 Präklusion Zuständigkeit bewirke, so sei es irrelevant, wodurch diese Präklusion bewirkt werde, ob durch Verhandeln zur Hauptsache oder durch Nichterscheinen oder durch Erscheinen und Nichtverhandeln, so ist dem zu entgegnen, dass § 39 mit seinem von einer wirklichen Vereinbarung gar nicht sprechenden Thatbestande ein strikte zu interpretierendes jus singulare ist.

Fitting führt aus, da § 39 die Fiktion der Vereinbarung an das mündliche Verhandeln zur Hauptsache knüpfe, § 296 aber im Kontumazialfall die Fiktion des Zugeständnisses der Klagethatsachen, also auch einer Art mündlichen Verhandelns zur Hauptsache aufstelle, so müsse auch im Versäumnisfalle die Prorogation angenommen werden. Dagegen ist einzuwenden, dass, wenn ein wirkliches mündliches Verhandeln eine spezifische Wirkung hervorbringt, eine fingierte Verhandlung deshalb nicht dieselbe Wirkung hervorbringt, auch wenn der Gesetzgeber sich nicht ausdrücklich gegen letzteres ausgesprochen hätte. Aber auch daraus, dass, da der präsumierende Gesetzgeber zwar unzweifelhaft im Falle der contumacia des Beklagten Prorogation nicht eintreten lassen wollte, noch nicht bewiesen sei, dass das fingierende Gesetz eine Prorogation hierin nicht zulassen wollte, folgt noch nichts für das Gegenteil unserer Ansicht. Die Motive sprechen zu klar und es genügt nicht, dieselben einfach mit dem Bemerken, sie hätten keinen deckenden Ausdruck im Gesetz gefunden und

[1]) In seinem Handbuch ist derselbe zur herrschenden Lehre zurückgekehrt (cf. S. 508).

sie selbst seien kein Gesetz, überdies befreie auch der Umstand, dass sie, befangen in den alten gemeinrechtlichen Anschauungen des Prorogationsprinzips, an einer Prinzip- und Haltlosigkeit der Grundanschauungen litten, von ihrer Beachtung, unberücksichtigt zu lassen. Mag man auch den Vorarbeiten eines Gesetzes was immer für eine Bedeutung beilegen, so steht doch fest, dass § 39 die Zuständigkeit aus dem Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache resultieren lässt und dass man hieran die Absicht knüpfte, dass das Nichtverhandeln nicht dieselbe Wirkung wie das Verhandeln hervorbringen sollte. Hätte man dies aber nicht bezweckt, so wäre der § 39 völlig bedeutungslos, man hätte ihm vielmehr dann eine ganz andere Fassung gegeben. Man wird aber gerade da, wo das Gesetz schweigt, nicht so willkürlich mit den Motiven umspringen dürfen, dass man ihren direkten Willen unbeachtet lässt und zwar nur aus dem Grunde, dass der Gesetzgeber sich der Rückwirkung des § 247 auf § 39 nicht völlig bewusst gewesen sei.

Aber wenn man auch die klaren Aussprüche der Motive unbeachtet lassen und annehmen wollte, § 39 beruhe auf dem Präklusionsprinzip, so wird man, da § 38 unzweifelhaft auf dem Vereinbarungsprinzip als der Regel beruht, in ihm eine höchst singuläre Ausnahme finden müssen, die ein argumentum e contrario fordert, und man wird dabei trotz der den Redaktoren vorgeworfenen Unklarheit und Prinzipienlosigkeit auf denselben Standpunkt wie sie kommen. Man kann eben aus § 39, der die Ausnahme von der in § 38 liegenden Regel enthält, nichts folgern für Fälle, die nach den Prinzipien der Regel und nicht nach denen der Ausnahme zu beurteilen sind.

Wird aber der Richter durch das blose Ausbleiben des Beklagten nicht zuständig, so ist es notwendig, da er nur als zuständiger Richter Recht sprechen darf, dass er seine Zuständigkeit prüfe.

Hierbei ergiebt sich nun aber ein erheblicher Unterschied insofern, als es sich um die Prüfung des Umstandes handelt, ob er absolut oder relativ unzuständig ist.

In ersterer Hinsicht bildet es keinen Unterschied, ob Beklagter erschienen ist oder nicht, ob er zur Hauptsache verhandelt hat oder nicht, ob er die Einrede der Unzuständigkeit vorgeschützt hat oder nicht; der Richter hat in diesem Falle lediglich dasselbe Verfahren anzuwenden, wie es bereits oben für den Fall kontradiktorischen Verfahrens geschildert ist; im Kontumazialfalle wird er freilich keinen Beweis, auf den zu interloquieren wäre, erheben dürfen, vielmehr hat in dem Falle, dass der Kläger die von ihm gegen die absolute Unzuständigkeit des Gerichts geforderten Nachweise nicht zu beschaffen vermag, das Gericht den Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils unbeschadet des Rechts des Klägers, die Vertagung der Verhandlung zu beantragen, nach § 300 Abs. 1 zurückzuweisen, da es sich hier um die Prüfung eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes handelt.

Hat aber der Richter gefunden, dass er nicht absolut unzuständig ist, so wird er damit noch nicht zuständig, da § 39 auf den Fall der Kontumaz, wie wir gesehen haben, keine Anwendung findet. Wäre Beklagter erschienen und hätte sich einwandlos auf die Klage eingelassen, so wäre der Richter jeder weiteren Prüfung überhoben, da er nach § 38 oder § 39 eine ihm nach den sonstigen Kompetenzbestimmungen etwa fehlende Zuständigkeit doch erhalten hätte und der Grund seiner Zuständigkeit ihm gleichgültig sein kann; ist aber Beklagter nicht erschienen, so hat der Richter eine weitere Prüfung dahin eintreten zu lassen, ob er nach den gesetzlichen Kompetenzregeln oder auf Grund einer Konsensprorogation zuständig ist, bezw. seine Zuständigkeit annehmen darf[1]).

---

[1]) Kohler, Kritische Vierteljahresschrift XXII S. 391—398 (cf. dazu Wach, Beiträge XXIV S. 712 N. 17 und Fitting in Busch VI S. 317 f.) unterscheidet zwischen denjenigen Kompetenzbehauptungen, welche zugleich materielle Behauptungen sind, und denen, welche nur prozessuale Bedeutung für die Feststellung der Kompetenz haben, und erklärt, erstere ständen unter der Geständnisfiktion, letztere seien dem Richter zu beweisen. Hiergegen hat sich in treffender Weise Deybeck S. 220, 221 ausgesprochen und nachgewiesen, dass die richterliche Prüfung sich auf alle Klagthatsachen erstreckt, dahin, ob sie die Kompetenz ergeben.

Welche Thatsachen aber hat der Richter dieser seiner Prüfung zugrunde zu legen?

Es ist klar, dass nur das mündliche klägerische thatsächliche Vorbringen, welches dem Beklagten rechtzeitig vor der Verhandlung mittels Schriftsatzes mitgeteilt sein muss, in Betracht kommen kann.

Es fragt sich weiter, in welcher Richtung das Gesetz eine solche Prüfung verlangt.

Betrachten wir zunächst mit Bolgiano[1]) und v. Amsberg[2]) die verschiedenen Richtungen, in denen sich die Einrede der Unzuständigkeit des erschienenen Beklagten darstellen würde und untersuchen wir, inwieweit dieselbe durch die Kontumaz verloren geht.

Da nach § 296 im Falle des Nichterscheinens des Beklagten im Termine zur mündlichen Verhandlung das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen ist, so wird der Beklagte mit der Einrede der Inkompetenz, soweit sie in einem blossen Läugnen jener Thatsachen bestehen würde, ausgeschlossen. Dasselbe geschieht, soweit sie sich als Vorschützen einer wahren Einrede qualifizieren würde, da nach § 208 die Versäumung einer Prozesshandlung die allgemeine Folge hat, dass die Partei mit der vorzunehmenden Prozesshandlung ausgeschlossen wird. Stellt sich dieselbe im Falle des Erscheinens als eine rechtliche Gegendeduktion dar, so enthält § 39 die Spezialvorschrift, dass auch nach dieser Richtung die Inkompetenzeinrede dadurch verloren gehen soll, dass das Gericht durch Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache bei Unterlassung der Vorbringung derselben zuständig wird. Das argumentum e contrario aus § 39 ergiebt also für den Kontumazialfall, dass die Einrede in letzterer Hinsicht nicht verloren geht. Der Beklagte ist also so anzusehen, als sei er der Klagethatsachen, auch soweit sie die Kompetenz betreffen, geständig, bestreite aber ihre Schlüssigkeit; der Richter hat daher die unterlassene rechtliche Gegendeduktion zu supplieren, oder, mit anderen Worten, er hat an die als wahr anzusehenden Klagethatsachen den Massstab des gelten-

---

1) In Busch V S. 235 und in Grünhut XII S. 597.
2) A. a. O. S. 99.

den Prozessrechts anzulegen und zu prüfen, ob dieselben geeignet sind, im konkreten Falle seine Zuständigkeit zu begründen. Da diese seine Zuständigkeit aber aus einer doppelten Quelle entspringen kann: aus den allgemeinen Kompetenzgrundsätzen der C.-P.-O. und des G.-V.-G., und dem übereinstimmenden Willen der Parteien, während, wie oben gezeigt, die besondere Zuständigkeitsbegründung des § 39 im Kontumazialfalle nicht in Betracht kommen kann, so hat sich auch seine Prüfung nach dieser doppelten Richtung zu erstrecken. Dies ist die unmittelbar im Gesetz selbst begründete Ansicht, ihre Richtigkeit wird wesentlich durch die Aussprüche der Reichsjustizkommission bestätigt. Es mochte nahe gelegen haben, dem Richter auch bezüglich der Prüfung seiner relativen Zuständigkeit eine Untersuchung der kompetenzbegründenden Klagethatsachen auf ihre Wahrheit aufzulegen, allein die Reichsjustizkommission hat sich hiergegen ausgesprochen, indem sie die diesbezüglichen Anträge der Abgeordneten Wolffson und Bähr ablehnte, und dies damit motivierte, dass kein Grund vorhanden sei, die Klagethatsachen, die zur Begründung der Kompetenz geeignet seien, nicht ebenso wie die den Klageanspruch begründenden im Versäumnisfalle für zugestanden anzunehmen.

Letztere Auffassung ist von Wach[1]) auf das heftigste angegriffen worden, indem er ausführt, es sei ein logischer Widerspruch, im Versäumnisfalle Prüfung der Zuständigkeit zu fordern und zugleich die Versäumnisfolge des Zugeständnisses als Grundlage für diese Prüfung zu denken. Die Versäumnisfolge setze die Zuständigkeit voraus, und die Reichsjustizkommission verlange, aus der Versäumnisfolge die Zuständigkeit zu entnehmen. Dieses Verfahren sei eine logische Ungeheuerlichkeit, und die ganze Ansicht der Reichsjustizkommission sei daher prinzipienlos, unlogisch, sei kein Gesetz und widerstreite dem Grundgedanken der C.-P.-O.[2]).

[1]) Beiträge XXIV S. 711 ff. Archiv, B. LXII S. 392 ff.

[2]) Ganz ähnlich sprach sich auch Fitting im Archiv für civ. Praxis LXIII S. 237 aus, widerlegte sich aber später in Busch VI S. 310 selbst dahin, eine Defensionspflicht des Beklagten i. S. Wach's existiere nicht. Aus ähnlichem Grund bestreitet auch Deybeck S. 221 ff. in längerer Ausführung die im Text skizzierte Behauptung Wach's.

Allerdings scheint Wach in dieser Beziehung nicht Unrecht zu haben, auch war bereits von einem kleinen Teile der Kommissionsmitglieder auf den logischen Widerspruch hingewiesen worden, der durch jene Ansicht hervorgerufen worden war, indem nur der Ungehorsam einem zuständigen Gerichte gegenüber Versäumnisfolgen haben könne, allein man ging ohne Bedenken und unter Berufung auf den seit Menschenaltern in Preussen und anderen Staaten bestehenden Zustand über diese „logische Ungeheuerlichkeit" hinweg, und auch der Reichstag, dem die ganze Frage eingehend berichtlich vorgelegt worden war, nahm das Gesetz ohne Widerspruch nach der Auffassung der Motive und der Kommission an.

Aber trotzdem braucht man nicht so weit zu gehen wie Wach. Jeder Richter hat nur als zuständiger Richter zu urteilen, und aus diesem Grunde hat derselbe in Kontumazialfällen seine Zuständigkeit zu prüfen; für die Entscheidung über seine Zuständigkeit ist er jedenfalls zuständig. Wenn nun Gesetz und Motive im Anschluss an die Ansicht der Reichsjustizkommission den Grundsatz aufstellen, dass beim Ausbleiben des Beklagten die thatsächlichen mündlichen Behauptungen insgesamt als zugestanden anzunehmen seien, so hat der Richter zunächst auf Grund der auf die Kompetenz bezüglichen Klagethatsachen seine Zuständigkeit zu prüfen und in dem Falle, dass dieselben diese begründen, die übrigen Klagethatsachen ebenfalls für zugestanden anzunehmen und das Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu erlassen.

Auf Grund dieser Anschauungen ist Birkmeyer [1]) dazu gekommen zu sagen, der Richter würde infolge der Ansicht der Reichsjustizkommission nötig haben, zwei Versäumnisurteile in einer Sache und nebeneinander zu erlassen. Aber es ist klar, dass der Richter das seine Zuständigkeit bejahende Ergebnis seiner Prüfung nicht in einem Versäumnisurteile niederzulegen braucht, sondern dass er, wenn er seine Zuständigkeit bejaht, entweder die Zuständigkeitsfrage im Versäumnisurteil über den Klageanspruch selbst mit Stillschweigen über-

[1]) In Busch V S. 141.

geht, oder dieselbe erforderlichenfalls mitbehandelt, während er in dem Falle, dass die Klagethatsachen seine Zuständigkeit nicht ergeben, die Klage „von hier“ abweisen muss.

Der Richter hat also die Klagethatsachen auf ihre Schlüssigkeit zu prüfen, d. h. zuzusehen, ob sie geeignet sind, ihrer rechtlichen Qualität nach die allgemeine gesetzliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichts zu begründen, insbesondere auch den Wert des Streitgegenstandes, wo die Zuständigkeit von ihm abhängt, in Gemässheit der Bestimmungen über die Kompetenz nach freiem Ermessen zu prüfen. Ergiebt sich hiernach seine Zuständigkeit, so liegt die Sache sehr einfach; der Richter hat auf diesbezüglichen klägerischen Antrag Versäumnisurteil zu erlassen. Dieser Fall bildet die Regel, aber er bietet wenig Interessantes und fällt nicht in den Rahmen des Themas.

Findet es sich aber, dass die allgemeine gesetzliche Zuständigkeit durch den Klagevortrag nicht begründet ist, so hat der Richter noch nicht eine Abweisung der Klage auszusprechen, sondern eine weitere Prüfung darüber eintreten zu lassen, ob die Parteien vielleicht auf das angegangene Gericht rechtsgültig prorogiert haben.

Dass die mangelnde Prozessfähigkeit der Parteien eine über die Ungültigkeit des Prorogationsvertrags hinausgehende Bedeutung hat, bedarf keines Beweises, desgleichen, dass bei ausdrücklichen Prorogationserklärungen ein Irrtum nicht wohl denkbar ist. Im Allgemeinen aber hat der Richter das ihm zur Prüfung vorliegende Material, welches sich aus dem mündlichen klägerischen Vortrag ergiebt, dessen Inhalt dem Beklagten vorher rechtzeitig mitgeteilt sein muss, auf das Vorhandensein der materiellrechtlichen Erfordernisse eines Vertrags zu prüfen, und erst, wenn diese Behauptungen vollständig schlüssig sind, das Zustandekommen eines Prorogationsvertrags anzunehmen. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn der Kläger in der Klage behauptet hat, der Beklagte sei damit einverstanden, dass das angegangene Gericht verhandle und entscheide.

Nicht die gleiche Wirkung würde dagegen hervorgebracht werden können dadurch, dass der Kläger in der Klageschrift behauptete, das angegangene Gericht sei zuständig; denn Zuständigkeit ist keine Thatsache, deren Zugeständnis im Kontumazialfalle anzunehmen ist, sondern ein Rechtsbegriff, der auf Thatsachen beruht. Der erschienene Beklagte könnte daher wohl auf die Vorbringung der die Zuständigkeit begründenden Thatsachen verzichten, indem er einwandlos zur Hauptsache verhandelt, der nicht erschienene ist dagegen nur als der Thatsachen geständig anzusehen, die die Zuständigkeit begründen sollen.

Im übrigen hat der Richter lediglich nach freiem Ermessen zu prüfen und sich vor jeder Wortdeutelei zu hüten, insbesondere wird ein verständiger Richter in dem von Wach angeführten Falle, dass die Klage keine anderen Kompetenzbehauptungen enthält als die Parteiadresse des Beklagten, kaum den Erlass eines Versäumnisurteils verweigern, da „in“ auch nur den Aufenthaltsort bezeichnen könne.

Die Frage, inwieweit Schriftsätze des Beklagten in dieser Hinsicht in Betracht kommen, beantwortet sich einfach dahin:

Hat der Kläger in der Klageschrift das Zustandegekommensein eines Prorogationsvertrags behauptet, so sind die in den beklagtischen Schriftsätzen enthaltenen Behauptungen irrelevant, mögen dieselben den Vertragsabschluss läugnen, oder wirkliche Einreden dagegen vorbringen, oder darüber schweigen, da der Vertragsabschluss im Kontumazialfalle als zugestanden anzusehen ist. Hat dagegen der Kläger in schlüssiger Weise das Zustandegekommensein eines Prorogationsvertrags nicht behauptet, so ist trotzdem ein rechtlich wirksames Zustandekommen eines derartigen Vertrags in den Schriftsätzen möglich, wenn der Beklagte seinen Prorogationswillen auf die Klage ausdrücklich ausspricht, während ein blosses Schweigen oder Einräumen den klägerischen nicht schlüssigen Kompetenzbehauptungen gegenüber nicht imstande sein wird, mangelnde Kompetenz zu begründen. Aus der Thatsache allein, dass Beklagter sich in Schriftsätzen auf die Klage eingelassen hat, ist aber dieser Erstreckungswille so wenig zu entnehmen,

wie aus seinem Erscheinen und Nichtverhandeln, da das der C.-P.-O. zugrunde liegende Prinzip der Mündlichkeit dies nicht zulässt.

Da nach dem bisher Gesagten der Richter die kompetenzbegründenden Thatsachen nicht auf ihre Wahrheit hin zu prüfen hat, sondern nur auf ihre Schlüssigkeit, so ist klar, dass dieselben aus der Luft gegriffen sein können, nur zu dem Zwecke, um einem unzuständigen Gericht Zuständigkeit zu verleihen, und Wach[1]) meint deshalb, diese Prüfung sei ganz unpraktisch, da sich diejenigen sehr bald dieses Kunstgriffes bedienen würden, die auf das Nichterscheinen des Beklagten rechneten.

Dies ist sehr richtig, allein trotzdem ist es nicht wunderbar, dass eine Prüfung der kompetenzbegründenden Thatsachen auf ihre Schlüssigkeit eintreten muss; der in dieser Prüfung für den Beklagten liegende Schutz wird durch die Möglichkeit der Anwendung jenes Kunstgriffes nicht so illusorisch, als es auf den ersten Blick den Anschein hat.

Der Beklagte kann allerdings immer erwarten, wie die Motive sagen, dass das Gericht seine Zuständigkeit von Amtswegen prüfen und seine Unzuständigkeit auch im Falle der Kontumaz von Amtswegen aussprechen werde, allein er muss wissen, dass das Gericht keine anderen Mittel zur Prüfung hat als die in der Klage enthaltenen Thatsachen, und wird, wenn diese unwahr sind, auf die hieraus resultierende Gefahr hingewiesen. Aus diesem Gesichtspunkte sind auch die Worte v. Amsberg's in der Reichsjustizkommission aufzufassen, welcher sagte, der Beklagte habe die Pflicht, im Verhandlungstermin zu erscheinen, wenn er hinsichtlich der Kompetenz Bedenken trage. Denn hält sich der Richter auf Grund der vorgetragenen Klagethatsachen oder irrtümlich für kompetent und erlässt ein Versäumnisurteil, so ist dieses nicht ipso jure nichtig, sondern kann nur durch rechtzeitigen Einspruch seitens des Beklagten angefochten werden, widrigenfalls es in Rechtskraft übergeht. Freilich wäre der Schutz für den Beklagten ein grösserer, wenn das Gericht die

[1]) Archiv f. civ. Praxis LXII S. 394ff.

kompetenzbegründenden Thatsachen auch auf ihre Wahrheit zu prüfen hätte, allein nicht nur, dass dies der Gesetzgeber nicht wollte, so sind auch die Gründe gegen eine derartige Offizialprüfung, da sie schwierige und zeitraubende Erörterungen und Beweisaufnahmen verursachen würde, weit erheblicher als der aus ihr für den Beklagten resultierende Nutzen; überdies würde auch der Beklagte wegen seiner Unachtsamkeit eine derartige weitgehende Rücksicht gar nicht verdienen.

Ferner ist aber auch der Umstand, dass der durch die gesetzliche Prüfung beabsichtigte Schutz durch das Vorbringen unwahrer Kompetenzgründe beeinträchtigt werden kann, nicht hinreichend, die jenen anordnende Bestimmung zu verurteilen, da der mit dem Gesetze mögliche Missbrauch immerhin weitaus nicht so schlimm ist als der gänzliche Mangel schützender Bestimmungen; aber selbst wenn der Nutzen einer derartigen Prüfung, die übrigens ihren Grund nicht allein im Interesse des Beklagten, sondern auch hauptsächlich im öffentlichen Interesse hat, völlig illusorisch wäre, so kann man trotzdem dieselbe, da wir de lege lata und nicht de lege ferenda sprechen, und das Gesetz sie nach unserer Grundauffassung fordert, nicht beiseite setzen.

Uebrigens harmoniert die Auffassung, dass die kompetenzbegründendn Klagethatsachen nur auf ihre Schlüssigkeit zu prüfen sind, mit derjenigen bezüglich der Prüfung der den Anspruch selbst begründenden Klagethatsachen. Auch hierbei kann der Kläger nicht verhindert werden, unwahre Behauptungen aufzustellen und es hat noch niemand daran gezweifelt, dass dieselben im Versäumnisfall als zugestanden anzunehmen sind oder auf die in der Möglichkeit der Geltendmachung ungerechter Aussprüche liegende Gefahr hingewiesen; auch hier hat man dagegen jederzeit nur eine Prüfung der Klagethatsachen auf ihre Schlüssigkeit verlangt und dieselbe nie als illusorisch verworfen. Das Gesetz kann den Beklagten eben in keiner Weise vor ungerechten Aussprüchen schützen, hiergegen muss sich dieser selbst verteidigen; gegen die aus den Klagethatsachen zu ziehenden falschen Schlüsse bietet es hinreichenden Schutz.

In beiden Richtungen, sowohl bezüglich der Kompetenz als des Klageanspruchs hat der Richter, selbst wenn die vorgebrachten Behauptungen notorisch unwahr sind, keinen Beweis derselben zu fordern; die materiellen Rechte wie die prozessualischen sind, resp. soweit Prorogation zulässig, der vollen Disposition der Parteien überlassen, es kann ihnen daher auch nicht verwehrt werden, auf dieselben zu verzichten, und dies kann der Beklagte ebensowohl durch ausdrückliches Zugeständnis selbst notorisch unwahrer Thatsachen, als auch dadurch, dass er dieselben nicht bestreitet.

Mögen nun aber auch die wahrheitsgemässen oder wahrheitswidrig behaupteten kompetenzbegründenden Thatsachen darin bestehen, dass der Kläger behauptet, das angegangene Gericht sei aus gewissen Gründen an sich zuständig, oder durch Prorogationsvertrag zuständig geworden, so muss trotzdem der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils, unbeschadet des Rechts des Klägers, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen, nach § 300 zurückgewiesen werden, wenn es an einem der daselbst genannten Requisite mangelt; auch hat das Gericht nach § 302 und unter den dortselbst angegebenen Verhältnissen das Recht, die Verhandlung von Amtswegen zu vertagen.

Rechtfertigt aber das Klagevorbringen den Klageantrag und die Kompetenz, so ist auf klägerischen diesbezüglichen Antrag das Versäumnisurteil zu erlassen; sind dagegen entweder die zur Begründung des Klageanspruchs oder der Kompetenz behaupteten Thatsachen nicht schlüssig, so hat die Abweisung der Klage definitiv bezw. „von hier“ zu erfolgen.

Einen weiteren Einwand gegen die Prüfung der Schlüssigkeit der Kompetenzthatsachen hat man auch dahin erhoben, es werde dem Beklagten oft gar kein Dienst mit ihr erwiesen und der Kläger unnötigerweise geschädigt.

Fitting[1]) konstruiert zwei Fälle:

1. die gänzlich unbegründete Klage wird vor einem unzuständigen Gericht erhoben, dann kann der

[1]) Im Archiv für civ. Praxis LXIII S. 235.

Kläger nur „von hier“ anstatt definitiv abgewiesen werden;

2. die Klage ist begründet und der Beklagte hat gar kein Interesse daran, welches Gericht ihn verurteilt.

Aber in beiden Fällen kann nur der Kläger durch Belastung mit Kosten in Nachteil kommen und dies ist die einfache im öffentlichen Interesse festgesetzte und gerechte Folge seiner Nachlässigkeit, dass er einseitig das unzuständige Gericht angegangen, eine Prorogation nicht herbeigeführt oder wenigstens schlüssige kompetenzbegründende Thatsachen nicht behauptet hat. Im Uebrigen ist ein derartiger Nachteil gsgenüber den aus solchen Prüfungen entstehenden Vorteilen geringfügig und ungeeignet, dem positiven Willen des Gesetzgebers und des Gesetzes entgegengestellt zu werden.

Mit den in vorliegender Arbeit gefundenen Resultaten stimmt auch das Reichsgericht in seinen Entscheidungen vom 26. Mai 1880 und 12. Oktober 1880[1]) überein, ohne jedoch eine bestimmte Theorie in der oben behandelten Hauptfrage als die richtige zu bezeichnen, geschweige denn die zu anderen Resultaten führenden Theorien zu widerlegen.

§ 15.

Schluss.

Zum Schlusse sei des Verhältnisses der Civilkammern zu den Kammern für Handelssachen gedacht.

Es handelt sich hierbei nicht sowohl um Zuständigkeit im Sinne der C.-P.-O., sondern um gesetzliche im Interesse der Geschäftsordnung getroffene Bestimmungen, welche die Zugehörigkeit regeln. Die Civilkammern sind auch für jede Handelssache zuständig und es ist daher eine Prorogation auf dieselben undenkbar, dagegen ist umgekehrt Prorogation einer Civilsache auf die Kammer für Handelssachen zulässig, nur mit der Modifikation, dass hier dem Richter das gemeinrechtlich allgemein dem Gerichte zustehende Recht der Ablehnung

---

1) Entscheidungen I. N. 158 S. 438, II. N. 118 S. 409.

nach den §§ 103 Abs. 2 und 105 Abs. 2 belassen worden ist.

Im Kontumazialfalle wird daher die Civilkammer auch in einer Handelssache unbedenklich Versäumnisurteil erlassen können, während die Kammer für Handelssachen nach den allgemeinen Grundsätzen zu prüfen hat, ob sie an sich oder infolge eines Prorogationsvertrags zuständig ist; letzterenfalls ist sie überdies befugt, die Klage von Amtswegen an das zuständige Gericht, wenn dieses die Civilkammer ist, zu verweisen.